DIE RECHTLICHE BEDEUTUNG DER EINWILLIGUNG DES VERLETZTEN BEI DER KÖRPERVERLETZUNG NACH GELTENDEM DEUTSCHEM STRAFRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE
EINES DOKTORS DER RECHTE
DER HOHEN RECHTS- U. STAATSWISSENSCHAFTL. FAKULTÄT
DER GEORGIA - AUGUSTA - UNIVERSITÄT ZU GÖTTINGEN

VORGELEGT VON

ERICH HERBERT BÜHRING
REFERENDAR
HANNOVER

HILDESHEIM 1920
BUCHDRUCKEREI HILDESHEIMER KURIER G. M. B. H.

DIE RECHTLICHE BEDEUTUNG DER EINWILLIGUNG DES VERLETZTEN BEI DER KÖRPERVERLETZUNG NACH GELTENDEM DEUTSCHEM STRAFRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE
EINES DOKTORS DER RECHTE
DER HOHEN RECHTS- U. STAATSWISSENSCHAFTL. FAKULTÄT
DER GEORGIA - AUGUSTA - UNIVERSITÄT ZU GÖTTINGEN

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

VORGELEGT VON

ERICH HERBERT BÜHRING
REFERENDAR
HANNOVER

HILDESHEIM 1920
BUCHDRUCKEREI HILDESHEIMER KURIER G. M. B. H.

Meinen lieben Eltern.

Referent:
Geheimer Justizrat Professor Dr. R. von Hippel.

Lebenslauf.

Geboren am 22. September 1890 zu Hannover als Sohn des Grosskaufmanns Wilhelm Bühring und seiner Ehefrau Luise geb. Maue, besuchte ich daselbst die Leibnizschule und bestand am 4. März 1910 die Reifeprüfung vor der Externatkommission am humanistischen Gymnasium zu Celle. In den Jahren 1910—1914 studierte ich die Rechtswissenschaft an den Universitäten Bonn, Berlin, Göttingen, Kiel und Halle und bestand am 17. Juni 1916 die Referendarprüfung in Celle und am 24. Juli 1917 die mündliche Doktorprüfung in Göttingen. Seit meiner Ende 1918 erfolgten Entlassung aus dem Heeresdienste, in dem ich seit 1915 stand, bin ich im gerichtlichen Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Übersicht.

	Seite
Einleitung	1
I. Teil: Der heutige Stand der Lehre	3—32
§ 1. Das Strafgesetzbuch und unser Problem . .	3
§ 2. Der Stand der Ansichten	9
A. Die verneinende Ansicht	9
B. Die bejahende Ansicht	13
C. Mittelmeinungen	18
II. Teil: § 3. Kritische Betrachtung	22—42
A. Die Einwilligung in eine Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff St.-G.-B. . .	22—35
B. Körperverletzungsähnliche Eingriffe in die Körperintegrität	35—42
I. Der ärztliche Eingriff	35
II. Sonstige körperverletzungsähnliche Eingriffe	42
III. Teil: § 4. Erfordernisse einer wirksamen Einwilligung	43—53
I. Das Alter des Einwilligenden . . .	43
II. Stellvertretung	45
III. Zeitpunkt der Einwilligung	48
IV. Worin muß eingewilligt sein? . . .	49
V. Irrtümliche Annahme der Einwilligung .	50
VI. Wirkung der Einwilligung	51
VII. Generelle oder spezielle Erteilung . .	53
VIII. Widerruflichkeit	53
IV. Teil. § 5. Betrachtungen de lege ferenda . .	54—56

Literatur.*)

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. 3 Bde. 1906, 1907, 1909.

v. Bar, Medizinische Forschung und Strafrecht. In der Festgabe der Göttinger Facultät für F. Regelsberger 1901.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Auflage 1898.

Beling, Lehre vom Verbrechen. 1906

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1, 1872. Bd. 2, 1 Auflage 1877. 2. Auflage 1890.

Binding, Handbuch des Strafrechts. 1885.

Birkmeyer, Encyclopädie der Rechtswissenschaft. 1904.

Boehlau, Volenti non fit injuria. In Goltd. Archiv Bd. 5 S. 489 ff.

Breithaupt, Volenti non fit injura. Diss. 1891.

Brückmann, Neue Versuche zum strafrechtlichen Problem der Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe: Negatives und Positives. In der Z. St. W. Bd. 24, S. 657 ff.

Büdinger, Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen. 1905.

van Calker, Frauenheilkunde und Strafrecht, 1908.

Dorn, Tötung auf Verlangen des Getöteten. In Goltd. Archiv Bd. 1, S. 330 ff.

Dohna, Graf zu, Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. 1905.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1. 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11.—14. Auflage. 1914.

Geyer, Zur Revision der Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches über Körperverletzungen. Im Ger.-Saal, Bd. 26, S. 272 ff.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1884.

Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden. Vergl. Darstellung Allgem. Teil, S. 487 ff, 1908.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht (systematisch dargestellt) 1881.

---

*) Die Monographie von Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I 1919, konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Hälschner, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. Im Ger.-Saal Bd. 35, S. 168 ff.

Hälschner, Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen. Im Ger.-S Bd. 21, S. 1 ff.

Hälschner, System des preußischen Strafrechts. 1858.

Hartmann, Einwilligung des Verletzten. Grünhuts Ztschrft. Bd. 27 S. 697 ff.

Hartwig, Die Körperverletzung eines Einwilligenden. Diss. 1912.

Hess, Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivil- u. Strafrechts, Bd. 3, 1892.

v. Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum Vergl. Darst. Allgem. Teil B. 3, S. 373 ff.

Holer, Die Einwilligung des Verletzten, 1906.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, 4. Bd. 1871—77.

Jarcke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1827.

Joski, Die Einwilligung des Verletzten, 1899.

Kahl, Der Arzt im Strafrecht, Z. St. W. B. 29, S. 351 ff.

Kessler, Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht? Ger.-Saal Bd. 39, S. 94 ff.

Kessler, Die Einwilligung des Verletzten, 1884.

Kessler, Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten Ger. Saal, Bd. 38, S. 561 ff.

Klee, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. Goltd. Archiv Bd. 48, S. 177 ff., Bd. 49, S. 246 ff., Bd. 50, S. 364 ff.

Kiehl, Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Recht, Goltd. Archiv Bd. 54, S. 357 ff.

Kronecker, Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren. Ger. Saal Bd. 35, S. 219 ff.

v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht. Festgabe für Bekker 1899.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.

Löffler, Die Körperverletzung, Vgl. Darst. Bes. Teil, Bd. 5, S. 241 ff.

Mannheimer, Die Einwilligung in eine Körperverletzung, 1911.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1912.

Olshausen, Commentar zum St. G. B. 1912.

Oppenheim, Ärztliches Recht zu körperl. Eingriffen an Kranken und Gesunden, 1892.

Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens, 1894.

Oppenheim, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, Schweiz. Z. Bd. 6, S. 347 ff.

Ortmann, Goltd. Archiv Bd. 26, S. 195 ff. Zur Lehre von der Tötung eines Einwilligenden.

Ortmann, Zur Lehre von der Körperverletzung, Goltd. Archiv, Bd. 25, S. 104 ff. Ger.-Saal Bd. 35, S. 371 ff.

Oppenhoff-Delius, Commentar zum St. G. B. 1901.
Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschliessungsgrund. 1897.
Roedenbeck, Volenti non fit injuria, Ger. S. Bd. 37, S. 124 ff.
Roedenbeck, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. 1883.
Schaper, Im Handbuch des deutschen Strafrechts (v. Holtzendorff) Bd. 2, S. 127 ff.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1874.
Stooss, Chirurgische Operation und Strafrecht, 1898.
Stooss. Operativer Eingriff und Körperverletzung (schweiz. Z. Bd. 6, S. 53 ff.).
Ullmann, Zur Frage über die Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht. Ger.-S Bd. 37, S. 529.
Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuchs begangene Körperverletzung, 1900
Zimmermann. Volenti non fit injuria. Zur Auslegung des § 216. Goltd. Archiv Bd. 29, S. 440 ff.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. 99, S. 1 ff.

Einleitung.

1) Die vielen, zum Teil sehr umfangreichen Abhandlungen, die der Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht, insbesondere der in eine Körperverletzung im Laufe der letzten Jahrzehnte gewidmet sind, haben es nicht vermocht, zwischen Theorie und oberstgerichtlicher Rechtsprechung eine Uebereinstimmung hinsichtlich unseres Problems zu erzielen. Noch heute steht das Reichsgericht gegenüber der Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung auf durchaus ablehnendem Standpunkt, während in der Wissenschaft die vorwiegende Meinung dahin geht, daß die Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung dieser die Rechtswidrigkeit nehme, jedenfalls aber, soweit es sich um leichte Körperverletzungen handele. Die Einheit dieses Resultates läßt sich verzeichnen, nicht die der Gründe und der Wege, die die einzelnen Schriftsteller zur Lösung des Problems eingeschlagen haben.

2) Der Satz „volenti non fit injuria", der niemals fehlt, wenn es sich um das Problem der Einwilligung in eine Verletzung handelt, ist so populär geworden wie selten ein ungeschriebener Rechtssatz. Er ist geradezu zu einem geflügelten Worte geworden. Das kann allerdings insofern zu einer gewissen Gefahr werden, als man daraus auf seine Allgemeingültigkeit im römischen Recht schließen möchte. Wie weit ihm aber eine solche Allgemeingültigkeit zukam, ist für das römische Recht durchaus bestritten. Die Quellenstelle, der er seine Entstehung verdankt,

> Ulpian lex 1 § 5 D. de injuriis (47, 10): Usque adeo autem injuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiam si volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit injuriarum actio, filii vero nomine non competit, **quia nulla injuria est, quae in volentem fiat"**

kann allerdings den Anschein erwecken, als sei hier ein feststehender Rechtssatz der Entscheidung zugrunde gelegt; aber schon die Uneinigkeit darüber, welchen Tatbestand Ulpian mit dem Begriffe injuria an dieser Stelle hat bezeichnen wollen, dürfte jedenfalls Zweifel aufkommen lassen, ob in Rom wirklich ein allgemeiner Rechtssatz des Inhaltes: „volenti non fit injuria"

galt. Bezieht sich der Satz Ulpians nur auf das Privatdelikt „injuria“ [1]) und liegt in der Einwilligung ein Verzicht auf die actio? oder umfaßt der Tatbestand der injuria hier „jede absichtliche, widerrechtliche Aeusserung der Mißachtung der Persönlichkeit?“ [2])

Wie überhaupt auf rechtsgeschichtliche Erörterungen soll auch auf das römische Recht hier nicht näher eingegangen werden. Der Verfasser vermag in einer auf der Betrachtung der Rechtsgeschichte beruhenden Methode für die Lösung unseres Problems der Einwilligung bei der Körperverletzung im heutigen Recht keinen Vorteil zu erblicken. Das heutige Strafrecht trägt ein anderes Gepräge als das römische oder germanische: die jenem eigene privatrechtliche Natur vieler Delikte ist dem heutigen Strafrecht fremd, auch der Gedanke des germanischen Compositionensystems ist heute längst überwunden. Eine Zeit ferner, die entehrende Strafen an Leib und Leben billigt, die an der Strafe der Ehr- und Rechtlosigkeit keinen Anstoß nimmt, muß über den Wert der Persönlichkeit, über die Integrität von Körper, Freiheit und Ehre anders denken als eine Zeit, der die Souveränität der menschlichen Persönlichkeit gegenüber allen anderen Gütern so selbstverständlich erscheint, daß ein Gesetz, das diesem Rechtsgefühl in allgemeinen Worten besonders Ausdruck geben wollte, seltsam anmuten würde.

Je mehr ferner die Verfeinerung der Sitten fortschreitet, umsomehr finden auch rein geistige Güter, Empfindungen, den Schutz des Rechtes. Den Begriffen der „guten Sitten“, Treu und Glauben, bona fides wird ein gewichtiger Platz eingeräumt, und so erwachsen aus zunächst rein ethischen Vorstellungen Rechtsbegriffe. Auch dieser Gesichtspunkt ist nicht unbeachtlich, wenn man sich fragt, welche rechtliche Wirkung die Einwilligung des Verletzten in eine Verletzung seiner körperlichen Integrität hat.

---

[1]) So Binding, Handbuch S. 710, Anm. 11. Aehnlich v. Liszt, Lehrbuch S. 160, Anm. 5.

[2]) So Dernburg, System Band 2, § 392. Windscheid-Kipp, Lehrbuch Band 2, § 472. v. Wächter, Strafrecht, S. 192

I. Teil.

Der heutige Stand der Lehre.

§ 1. Das Strafgesetzbuch und unser Problem.

I) Suchen wir eine allgemeine positive Bestimmung über die Einwilligung in unserem Strafgesetzbuch, so erhalten wir ein durchaus negatives Resultat: der Allgemeine Teil des Gesetzes schweigt über Begriff und Wirkung einer Einwilligung in eine strafbare Handlung. Der Besondere Teil erwähnt in Verbindung mit einer Körperverletzung die Einwilligung — wenn auch nicht ausdrücklich, sondern in der qualifizierten Form des „Verlangens" — nur an einer einzigen Stelle, im § 142.[1]) Im System des Strafgesetzbuches fällt dieser § nicht unter den die Körperverletzung regelnden 17. Abschnitt, sondern unter die Delikte „wider die öffentliche Ordnung". Betrachtet man des Weiteren die Tötung als eine qualifizierte Körperverletzung, so darf man sich für berechtigt halten, nach einer Bestimmung über die Einwilligung auch unter den Vorschriften „gegen das Leben" zu suchen. So rechtfertigt sich die Hineinbeziehung des § 216 in unsere Untersuchung.

Aus diesen beiden einzigen positiven Stellen hat man naturgemäß versucht, einer Lösung des Problems näher zu kommen, wenn nicht gar die Frage nach der Bedeutung und Wirkung der Einwilligung de lege lata zu lösen. Wir werden im Folgenden denselben Weg gehen und hernach in der Lage sein zu beurteilen, ob aus diesen Stellen etwas zu entnehmen oder das Problem de lege lata überhaupt nicht lösbar ist, wie manche Autoren meinen. [1])

---

[1]) Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 141, Gerland, Vgl. Darst. A. T. Bd. II S. 501, Löffler, Vgl. Darst. B. T., 214 Bd. V., S. 241.

Im Gange der Besprechung werden wir zeigen, daß fast alle Schlüsse, die man aus diesen Stellen für die eine Ansicht gezogen hat, von den Gegnern für das genaue Gegenteil verwendet werden.[1])

Die §§ 142 und 216 enthalten nicht das Wort „Einwilligung", sondern sprechen von „Verlangen". Nun mag man über das Verhältnis beider Begriffe zueinander streiten; jedenfalls ist ein Verlangen ohne Einwilligung nicht denkbar. Das Verlangen ist eine potenzierte Einwilligung, sodaß die §§ 142 und 216 unter diesem Gesichtspunkte hierher gehören.

Hätten wir das Problem der Einwilligung im Strafrecht überhaupt zu behandeln, so würden uns diejenigen Tatbestände reiches Material bieten, in denen ein gewaltsames [2]) oder listiges Handeln erfordert wird. Denn hier vernichtet die Einwilligung naturgemäß die Tatbestandsmäßigkeit und damit die Rechtswidrigkeit der Handlung. Die „Gewalt" entfällt bei Einwilligung; eine „List" gelingt nicht bei Einwilligung, da sie durchschaut wird. In den Fällen des Wuchers (§§ 301, 302, 302 a/d), ferner ist die Einwilligung begrifflich bedeutungslos, da der „Verletzte" hier gewissermaßen gegen sich selbst geschützt werden soll. Für das Gebiet der Körperverletzung dagegen sind wir schlechter gestellt; es ist wohl überhaupt das bestrittenste Anwendungsgebiet der ganzen Materie.

II) **Verlangen und Einwilligung.** Fanden wir bisher unter den für uns in Betracht kommenden Vorschriften die Einwilligung nur in den zwei genannten Fällen (§§ 142 und 216) berücksichtigt — allerdings in der Form des Verlangens — so müssen wir die beiden Begriffe Verlangen und Einwilligung kurz erörtern. Hierzu dürften die Mittel des Sprachgebrauches ausreichen. Es dürfte, wie schon erwähnt, feststehen, daß in einem jeden Verlangen eine Einwilligung enthalten ist. Dagegen pflegt man die beiden Begriffe nicht einander gleichzustellen, sie sind nicht gleichwertig wie einige Schriftsteller [3]) meinen. [4]) Gegen diese Gleichstellung

---

[1]) Pfersdorff S. 48 ff, Holer S 130 ff. Schon die Tatsache, dass die Einwilligung überhaupt nicht unter den „Gründen, welche die Strafbarkeit ausschliessen oder mindern", erwähnt ist, konnte berechtigen, Schlüsse im bejahenden wie im verneinenden Sinne zu ziehen. Vgl. u. a. Binding, Hdb. I S. 722, Anm. 13. v. Liszt, Lehrbuch S. 160, 319.

[2]) So die §§ 81 Ziffer 2/4, 105/107, 113/117, 122 Abs. 1/3, 124, 125, 167, 176 Abs. 1, 177, 220, 234/36, 240, 249, 250, 252/55, 269, 297, 339, 343, 367, 368 Ziffer 10, 369 Ziffer 1.

[3]) Hälscher II, S 55. Holer Einwilligung, S. 111/12, Ortmann, G.S. Band 25, S. 117.

[4]) Gesetzesüberschriften haben indessen keine entscheidende Bedeutung für die Auslegung des Gesetzestextes selbst. So mit Recht Olshausen § 216 Nr. 2 gegen Ortmanns Hinweis auf die Titelüberschrift zu

spricht ohne Weiteres der Sprachgebrauch. [1]) Der Grundgedanke für die Fassung des § 216 ist ferner nur der Wunsch des Gesetzgebers, die größtmögliche Sicherheit gegen Ausbeutung des § 216 zu schaffen. Diese Garantie boten ihm einmal das Wort „Verlangen“ und ferner die Attribute „ausdrücklich“ und „ernstlich“.

Artikel 157 des sächsischen Strafgesetzbuches von 1885 „Tötung eines Einwilligenden“ und die Motive zum revidierten Entwurf des Strafgesetzbuches, die bei § 216 von der Tötung eines Einwilligenden sprechen.

[1]) Das Beispiel, das Ortmann G. S. 25 S. 117 bringt, passt garnicht auf die Entscheidung unserer Teilstreitfrage, sondern er hätte es richtiger gebracht bei der Frage, ob im Falle des § 216 die Initiative zur Tötung lediglich vom Verlangenden ausgehen dürfe. Von diesem Gesichtspunkte könnten allerdings strenge Interpreten — um kurz auf das Beispiel einzugehen — des Wortes „bestimmen“ auf die Anwendbarkeit des § 216 ablehnen, da ja nicht der tötlich verwundete Krieger zuerst von einer Tötung gesprochen hat, sondern der andere. Für unsere Frage ist der Fall dahin zu erledigen, dass das einfache „ja“ des Kriegers auf die Frage, ob er getötet werden wolle, sehr wohl als ausdrückliches, ernstliches Verlangen aufgefasst werden könne. Besondere feierliche Worte erfordert der § 216 nicht, sofern nur die Gewähr dafür geschaffen ist, dass die Tötung dem wirklichen freien und ernstlichen Willen des Verlangenden entspricht. Vollständig frei ist natürlich ein solcher Wille nie, er ist nicht frei von dem Anlass zu seinem Verlangen; dagegen muss der Entschluss frei von der Einwirkung durch den Täter sein. Jeder sonstige Einfluss von diesem wird ausgeschaltet durch das Wort „Verlangen“, welches, wie oben ausgeführt, nicht vorliegt, wenn der zu Tötende nur nachgibt, die Tötung mit sich geschehen lässt. Die ganzen Begleitumstände können auch dem einfachen Worte „ja“ den Charakter des Verlangens geben. Um dies gleich vorweg zu nehmen, stehen wir auch nicht auf den Standpunkt, dass die Anregung der Tötung aus § 216 nur vom zu Tötenden ausgegangen sein darf, dass der Täter also kein Sterbenswort vorher geäussert haben darf. Wir haben kein Bedenken zu sagen, dass die Anregung ausgegangen sein darf, von wem sie will. Nicht einmal das ist u. E. als Regel aufzustellen, dass der Entschluss zur Tötung von dem zu Tötenden gefasst werden muss, wie Hartmann, Einwilligung, S. 740 meint. Der Verlangende muss aber vollständig frei sein von dem Einfluss einer ev. Initiative des Täters auf ihn, was der Fall ist, solange der Entschluss des Täters in keiner Weise nach aussen getreten ist, sondern ein rein innerer Vorgang bleibt, denn so lange der Entschluss nicht betätigt wird, hat er als rein psychischer Vorgang keine rechtliche Bedeutung. Es braucht also, negativ gesagt, dem Täter nicht zu schaden, wenn er den Entschluss hatte, den Betreffenden zu töten. Hatte er den Entschluss allgemein, so kann er zur tatsächlichen Vornahme der Tötung immerhin durch das Verlangen noch bestimmt werden, wie § 216 es verlangt. Wollte er ihn unter allen Umständen durchführen, so bewahrt ihn das hinzukommende, ihm gelegen kommende Verlangen nicht vor der Strafe des Mordes, da er in diesem Falle nicht durch das Verlangen „bestimmt“ ist. Der Verlangende muss unter Würdigung sämtlicher Umstände („quae cum ita sint“), selbst wenn die Kenntnis davon durch den Täter verschafft ist, urteilen: „unter diesen Umständen verlange ich meine Tötung“.

Wie weit es verwerflich war, die Frage der Tötung anzuregen, kann

2) Bezüglich des Wortes „ernstlich“ wird dem Gesetzgeber der Vorwurf gemacht, etwas Ueberflüssiges gesagt zu haben. [1])

Wenn die Ernstlichkeit des Verlangens fehle, sei dies selbstverständlich nicht für vorliegend anzusehen; so wenn es zum Scherz ausgesprochen oder von einem Menschen geäußert sei, der einen ernstlichen Willen überhaupt nicht haben könne, wie von einem Kinde oder einem Geisteskranken. [2])

Die Folgerung hieraus, daß ein Geisteskranker prinzipiell nicht das die Anwendung des § 216 bedingende ernstliche Verlangen stellen könne, wird von anderer Seite nicht gezogen. [3]) Eine etwaige Ueberflüssigkeit [4]) des Wortes „ernstlich“ aber erklärt sich, wie gesagt, aus der Absicht des Gesetzgebers, eine größtmögliche Sicherheit zu schaffen. [5])

Soviel ist allerdings von den genannten Autoren richtig erkannt, daß, negativ betrachtet, von ernstlichem Verlangen nicht die Rede sein kann, wenn auch der Verlangende „nicht ernst genommen werden kann“. Das würde aber auch schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgen. Wir meinen, daß Geisteskranken nicht unbedingt die Fähigkeit abzusprechen ist, ein ernstliches Verlangen im Sinne des § 216 zu stellen, natürlich kann man dies nur zulassen in sogenannten „lichten Augenblicken“. Viele Geisteskranke haben zeitweilig die Vollkraft ihres Gehirns wieder. Bei diesen periodisch Geisteskranken muß man zulassen, daß sie in solchem gesunden Zustande, wenn auch im Hinblick auf ihre Geisteskrankheit, das Verlangen stellen, sich töten zu lassen. Denn gerade das Leiden an Geisteskrankheit ist wie jede andere schwere oder gar unheilbare Krankheit wohl einer der berufensten Gründe, überhaupt das Verlangen nach dem Tode

---

nur der einzelne Fall entscheiden. Hat der Täter dem Verlangenden eine falsche Meinung der Begleitumstände beigebracht, so kann das daraufhin gestellte Verlangen rechtlich nur als nicht abgegeben betrachtet werden oder, wie Hälschner S. 56 es mit Recht begründet, ist hier der Täter nicht durch das Verlangen des Getöteten bestimmt, sodass ungeachtet des Verlangens wegen Mordes zu strafen ist.

[1]) So von Roedenbeck, Zweikampf S. 44. Ortmann 25, S. 117. Olshausen, § 216, Note 2. Binding, S. 721, Note 8. Katzenstein, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 24, S. 550.

[2]) Vergl. Ortmann a. a. O. v. Liszt, Lehrbuch § 85, II.

[3]) Vergl. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, S 382, Note 6. Bindung, Lehrbuch I, S. 35. Frank zu § 216 II, Nr. 2. Leppmann, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 32, S. 515.

[4]) „Pleonasmus“, Hartwig, Einwilligung S. 15.

[5]) So auch Hartwig, S. 15. Keßler, Einwilligung, S. 81.

berechtigt erscheinen zu lassen. Der § 216 dürfte dem Grundgedanken nach auch für solche Fälle geschaffen sein. [1])

3) Was versteht nun der Sprachgebrauch unter Einwilligung, und besteht daneben noch ein spezifisch rechtlicher Begriff? [2]).

Nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens ist Einwilligung die Kundgabe des Willens, daß irgend etwas geschehe, das mich angeht, und um dessen Geschehen oder Nichtgeschehen ich gefragt werden muß. Diese allgemeine Begriffsbestimmung enthält aber hinsichtlich ihrer Ausdehnung manche streitige Punkte. Sprachlich bedeutet Einwilligung die Entstehung eines einzigen Willens aus mehreren.

In der Literatur wird die Einwilligung verschieden definiert; so sagt Keßler S. 26: „Die Einwilligung ist die **Erklärung** der Uebereinstimmung des Willens des Einwilligenden mit dem Willensakte eines andern". [3]) Man sollte glauben, ebenso wie Keßler S. 101 es tut, daß diese Definition allgemeine Zustimmung gefunden habe. Doch wurden Stimmen laut, die sich dagegen wandten. [4]) Nach diesen Schriftstellern ist eine Erklärung der Willensübereinstimmung weder ausdrücklich noch durch concludentes Handeln erforderlich. Binding a. a. O. definiert: „Die Einwilligung ist die bewußte Zustimmung des Einwilligenden zu dem Willensakte eines andern". Man mag darüber streiten, ob nach dem Sprachgebrauch die Auffassung Bindings richtig oder wenigstens richtiger ist als die Keßlers. Für den Rechtsverkehr dürfte sie wegen ihrer großen Unsicherheit abzulehnen sein.

Gerland S. 490/91 hält nach dem Sprachgebrauch Bindings Ansicht für richtiger, entscheidet sich aber für den Rechtsverkehr mit Recht für die Keßlers [5]). Ein in keiner Weise erklärter Wille hat als rein innerer Vorgang keine rechtliche Wirkung, dies auch aus dem Grunde der Beweisschwierigkeit. [6])

---

[1]) Diesen Umständen wird die grosse Strafmilderung (Gefängnis im Vergleich zur Todesstrafe oder Zuchthaus) gerecht. Dagegen bietet die manchmal noch zu hohe Mindeststrafe von 3 Jahren Gefängnis eine weitere Sicherheit Andere Begründung der Höhe der Mindeststrafe in den Motiven zu § 216. (Das Leben sei ein nach dem unbestrittenen Sittengesetz unveräusserliches Gut).

[2]) Letzteres leugnet Joski S. 17.

[3]) Ebenso Roedenbeck, G. S. Bd 37, S. 127. Breithaupt, Volenti non fit injuria, S. 19. Joski S. 16. Finger S. 415.

[4]) So Binding, Handbuch I. § 148, Anm. 22. Holer, Einwilligung, S. 172. Lobe, Ueber den Einfluss des bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht, S. 54.

[5]) Vergl. Keßler, G. S. Bd. 38, S. 568.

[6]) Diese Frage steht in engem Zusammenhange mit folgenden Streitfragen:

1. Wem gegenüber muss die Einwilligung erklärt sein? mit der

Die Keßlersche Definition von der Einwilligung als der **erklärten** Willensübereinstimmung mit dem Willensakte eines andern bedarf aber schon nach dem Sprachgebrauch einer weiteren Einschränkung. Man wird von Einwilligung nur dann sprechen, wenn man irgend eine Macht hat, sei es eine tatsächliche oder eine rechtliche, dem Tun des anderen entgegenzutreten, wenn also die Einwilligung die Nichtgeltendmachung einer Macht ist, die der Handlung des Anderen ein wirksames Hindernis bereiten kann. [1])

Daher ist es richtig, [2]) die rechtliche mit der tatsächlichen Macht nicht gleichzustellen, weil es sich sonst um das Recht des Stärkeren handeln würde. Man muß daher die **rechtliche** Macht haben, der Handlung, in die man einwilligt, ein Hindernis zu bereiten.

Gerland, V. D. A. T. II, S. 527 will in eine Legaldefinition nicht aufnehmen, daß der Einwilligende im Stande ist, die Vornahme der Handlung zu hindern. Denn hierdurch werde bereits die rechtswirksame von der rechtsunwirksamen Einwilligung geschieden, also das Anwendungsgebiet der wirksamen Einwilligung festgelegt. Diesem Einwande können wir nicht beitreten. Einwilligung ohne die — wenn auch nur „theoretische“ — Macht, die dennoch erfolgende Vornahme der Handlung zu hindern oder wenigstens zu erschweren, ist ein leerer Schatten, fast ein Widerspruch in sich selbst. Sehr richtig nennt Holer S. 73 diese Hinderungsmöglichkeit eine nota propria der Einwilligung. Wenn ich nichts ausrichten könnte gegen die fragliche Handlung, so würde mich niemand um meine Einwilligung fragen; jedenfalls nicht im rechtlichen Verkehr, höchstens aus Höflichkeit; dies hebt gut Holer S. 73 hervor.

Unterfrage: Muss sie auch gegenüber dem Täter erklärt sein oder wenigstens zu seiner Kenntnis gelangt sein? und

2. Wie wirkt die Einwilligung? objektiv, d. h. die Rechtswidrigkeit beseitigend oder subjektiv, d. h. dass durch sie der dolus entfällt?

Die Entscheidung der Frage, ob die Erklärung zur Kenntnis des Täters gelangt sein muss, hängt von der Stellungnahme zur Frage nach der Wirkung der Einwilligung bezw. deren Rechtsgrunde ab. Erst wenn feststeht, wie die Einwilligung überhaupt wirkt, ob objektiv, d. h. die Rechtswidrigkeit beseitigend, oder subjektiv, d. h. lediglich den dolus berührend, kann die Frage beantwortet werden, ob der Täter Kenntnis von der Erklärung gehabt haben muss. Diese Entscheidung ist wesentlich für die Fälle des Irrtums über das Vorliegen bezw. Fehlens der Einwilligung. Hinweis auf den Zusammenhang dieser Fragen bei Gerland, S 506. Holer, S. 95 f. Breithaupt, Volenti, S. 24 f.

[1]) So auch Holer, Einwilligung S. 73. Pfersdorff, Einwilligung S. 15. Mannheimer, Einwilligung S. 27.

So Mannheimer S. 27.

Darnach definieren wir: Einwilligung im Rechtssinne ist die Erklärung, keinen, dem Willen des Erklärungsempfängers infolge seiner rechtlichen Relevanz wirksam entgegenstehenden Willen zu haben.

§ 2. Der Stand der Ansichten.

In der Literatur[1]) wird zu unserm Problem nach 3 Richtungen hin Stellung genommen:

unbedingte Ablehnung der Wirksamkeit der Einwilligung,
unbedingte Wirksamkeit der Einwilligung und
beschränktes Geltungsgebiet der Einwilligung (untereinander sehr differierend).

Bei der folgenden kurzen Darstellung dieses Streitstandes werden wir die Ansicht des Reichsgerichtes bei der verneinenden Lehre mit behandeln, um sachlich die Dreiteilung der Ansichten mit ihren Gründen zusammenfassend vorzuführen und Wiederholungen zu vermeiden.

A. Die verneinende Ansicht.

Die verneinende Lehre[2]) spricht der Einwilligung in eine Körperverletzung jede rechtliche Wirkung ab. Auch das Reichsgericht folgt dieser Ansicht.[3]) Ihre Hauptgründe sind folgende:

1) Leben und Gesundheit seien der Verfügungsgewalt des Einzelnen entzogen. So schon R G E Band 2, S. 442/43: „Aus den Motiven[4]) zu § 216 ergibt sich, daß der Gesetzgeber das Leben als

---

[1]) Wir verweisen besonders auf die jüngsten Arbeiten von Hartwig und Oelze.

[2]) Vertreter dieser Lehre sind: Berner, Lehrbuch S. 96, Hälschner, System I, S. 471. II, S. 90/91, v. Liszt, Lehrbuch S. 319, Oppenhoff. zu § 223, Nr. 2, Schütze, Lehrbuch § 35, Geyer, in Holtzendorffs Handbuch III, S. 555, Thomsen, Deutsches Strafrecht, Vorlesungen S. 443 Breithaupt, Volenti non fit injuria S. 64. Prinzipiell wohl auch Kiehl, G. A 54, S. 374/75

[3]) Vgl. die grundlegende Entscheidung R G E Band 2, S. 442/43; dazu R G E Band 6, S. 63; Band 30, S. 381; Band 38, S. 35, in denen wiederum auf R G E 2, S. 442 verwiesen wird Ob das R G auch bezüglich des ärztlichen Eingriffes an seinem Standpunkte der Wirkungslosigkeit der Einwilligung festhält, ist bei dem Fehlen einer ausdrücklichen Entscheidung bestritten und wird bei der Kritik der reichsgerichtlichen Judikatur und insbesondere beim ärztlichen Eingriff besprochen werden. Vgl. Gerland a. a. O. S. 499, 493, Kiehl, G. A. 54, S. 357 ff, Kessler S. 8/9.

[4]) „Es entspricht dem Rechtsgefühl, dass die Tötung eines Einwilligenden, wie sie der Entwurf näher charakterisiert, nicht mit der

ein unveräußerliches Gut anerkennt, und es findet hierin die Rechtsanschauung ihre Bestätigung, daß auch die Gesundheit zu den Gütern gehöre, deren Erhaltung der Staat wegen ihres Wertes für die Gesamtheit fordere, auf die also nicht verzichtet werden könne". Ebenso R G E Band 10, S. 374, da „auch nach der weitgehendsten Auffassung des Satzes volenti non fit injuria die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der Verletzung nur insoweit ausschließe, als dem Verletzten die freie Verfügung über das verletzte Recht eingeräumt sei". Es ist dies ein Anklang an die alte Einteilung der Rechtsgüter in veräußerliche und unveräußerliche, verzichtbare und unverzichtbare,[1]) wobei nach der herrschenden gemeinrechtlichen

---

Strafe belegt werde, wie die gegen den Willen des Getöteten erfolgte Tötung. Aber das unbestrittene Sittengesetz, dass das Leben ein nicht veräusserliches Gut sei, lässt weder Straflosigkeit, noch eine niedrig bemessene Strafe zu".

[1]) v. Wächter, G. S. Bd. 20, S. 1 ff, Pfersdorff S. 40 ff, Heffter Lehrbuch § 38, v. Bar, Ges. u. Sch. III, S. 50, 51. Diese Unterscheidung geht zurück auf den Niederländer Matthaeus, der in seinem Kommentar zu den Libri terribiles (de criminibus ad liberos 47, 48 Dig. Amsterdam 1644) aufstellte: „primo distinguemus, utrum id, quod pati quis vult, in ejus potestate sit necne", „si in potestate est passuaque fuit, nulla injuria est", um dann gleich die Veräusserlichkeit des Lebens und der Körperintegrität zu verneinen: ad vitam deponere, aut membrum abjicere in potestate nostra non est" (a. a. O. Prol. cap. III § 3) Daneben geht Mathaeus wie auch die derzeitigen italienischen Praktiker (Cremani, Renazzi) von der Unzurechnungsfähigkeit dessen aus, der in seine eigene Tötung oder Körperverletzung einwilligt: „hoc velle non ex recta ratione sed mentis pertubatione proficiscitur" (l c.), „qui rogat, ut caedatur, is ita mentem perturbatem habet, ut similes puasi sit, furioso, cujus nulla voluntas est" (Cremani, de jure Criminali I, 107); ähnlich Renazzi, Elem juris Crim. I, 205. Die Einwilligung in eine Verletzung von Leib und Leben wird von diesen Schriftstellern für wirkungslos gehalten. „Nosse debebat neminem vitae suae dominum alteri sui occidendi potestatem facere posse" urteilt Leyser (Meditationes ad Pandectas Band 9, S. 359/60 Halle 1772) über die Tötung eines Schmeichlers, der dem Gegenstand seiner Huldigung immer wieder versicherte, seinen Kopf für ihn hergeben zu wollen, und dem dann wirklich nach seinem Willen geschah. (S. den Fall bei Roehlau, G. A. 5, S. 490), denn „qui volentem hominem petentemque obtruncat homicida est mortemque meretur" (eod. loc. spec. 596 medit. 10). So ist die Ansicht entstanden, dass bei Angriffen auf veräusserliche Rechte, Rechtsgüter, Rechtsverhältnisse (die Terminologie schwankt) die Einwilligung ein Verbrechen ausschliesse (Feuerbach, Lehrb. des peinlichen Rechts 1847, S. 60. Grollmann, Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft 1825, S. 23). Dabei herrscht die grösste Uneinigkeit darüber, wie die Grenze zwischen Kategorien zu ziehen ist, wenn man auch Leben und Gesundheit allgemein für unveräusserlich hält. So will man zwischen angeborenen ursprünglichen Rechten (Urrechten) einerseits und erworbenen, entstandenen Rechten andererseits unterscheiden (vgl. Krug, System der praktischen Philosophie 1817 I, § 28. Gros Lehrbuch der phil. Rechtswissenschaft § 79, naturrechtlich!) Die Urrechte oder angeborenen Rechte, die den Menschen „als ver-

Lehre [1]) die Einwilligung in die Verletzung unveräußerlicher Rechtsgüter für unwirksam gehalten wurde, weil sie nicht der freien Verfügung des Einzelnen unterworfen seien.

Im gleichen Sinne Schütze, Lehrbuch S. 104/6, der Einwilligende müsse über den Gegenstand die ausschließliche rechtliche Verfügung haben. Unverzichtbare Güter sind Leben und „ihrer Totalität nach" körperliche Unversehrtheit (Ehre, Freiheit, Vermögensfähigkeit); (S. 104, vergl. auch Anm. 3 daselbst). Auch Berner, Lehrbuch S. 96, 97 spricht von „veräusserlichen und verzichtbaren Rechten", die innerhalb der Grenzen: Rechte anderer, öffentliches Interesse und sittliche Natur des Menschen lägen. Wieweit er die körperliche Integrität zu der einen oder andern Kategorie zählt, sagt er a. a. O. nicht, sicher wohl zu den unverzichtbaren Rechten.

Hälschner (System I, S. 470) rechnet zu den unveräußerlichen Rechtsgütern Leben, Gesundheit, Ehre und Freiheit. Zwar könne man sich ihrer „entäußern", was aber unsittlich sei. Die Einwilligung könne nur eine Strafminderung. aber keine Beseitigung der Rechtswidrigkeit bewirken (System I, S. 470/71 II, S. 90/91).

2) Ferner folgert das Reichsgericht aus dem Schweigen des Allgemeinen Teils über die Einwilligung, dass der Gesetzgeber dieser absichtlich keine Wirksamkeit habe beilegen wollen, namentlich ergebe sich dies aus der Nichterwähnung der Einwilli-

---

nünftigen Wesen" im Gegensatz zu den erworbenen, die ihm erst „unter der Voraussetzung einer Tatsache" zukommen (Stübel, Neues Archiv des Kriminalrechts Band 9, S. 555 ff) hält man für extra commercium und ihre Veräusserung für unmoralisch (Stübel l c) und für ein Unrecht gegen den, dem „unvernünftig wollenden Individuum immanenten Begriff der Persönlichkeit". (Köstlin, Neue Revision S. 684; offe bar eine Abschwächung der ficta insania bei Mathaeus, Cremani, Renazzi, Leyser) Dieser Persönlichkeitsbegriff wird in der Gestaltung der Lehre, wie sie besonders durch Berner und Hälschner erfolgt, zum wesentlichen Kriterium für die Scheidung in veräusserliche und unveräusserliche Rechte Mit der Prägung von Leben, Gesundheit u. s. w. zu „Wesensbestimmtheiten der Persönlichkeit" mit sittlicher Zweckbestimmung (Hälschner, a a. O Schütze Lehrbuch S. 104 ff) ist die Ueberleitung zur reichsgerichtlichen Auffassung gegeben. Soviel zur Orientierung; über Einzelheiten der geschichtlichen Entwickelung siehe besonders die Ausführungen von Hartmann a. a. O. 27, S. 723 ff; Binding Handbuch S 710 Anm. 11; v. Bar a. a. O. S. 50 ff; Boehlau, G. A. 5, S. 489 ff; Ortmann G A. 25, S. 109 ff; Klee, G. A. 48, S. 191 ff.

[1]) Sie gilt heute als überwunden. Gerland a. a. O. 495/96. Vertreten wird sie ausser von Berner und Hälschner (vgl. den weiteren Text) von Lion, Selbstmord, G. A 6, S. 462; Köstlin, System S. 110; Abegg, G. A. 13 S. 387 ff. Boehlau, G. A. 5, S. 489 ff; Mittermaier, G. A. 9, S. 483 ff; Wessely, Oesterreichische Vierteljahrsschrift Bd. 1, S 219.

Gegen sie besonders: Kessler S. 10 ff; Ortmann, G. A. 25, S. 109 ff.

gung unter den Strafausschliessungsgründen (R. G. E. Bd. 2, S. 442/43). [1])

Die Tatsache ferner, daß die Einwilligung nur bei der Tötung aus § 216 erwähnt und berücksichtigt sei, rechtfertige den Schluß, daß ihr überall sonst keine rechtliche Bedeutung beizumessen sei (R. G. E. Band 2, S. 443). „Es lasse sich bei dem Mangel einer etwa dem § 216 nachgebildeten Vorschrift für Körperverletzungen aus der Einwilligung des Verletzten nicht das Nichtvorhandensein einer strafbaren Körperverletzung begründen" (R. G. E. Bd. 6, S. 63). [2])

3) In der Literatur wird weiter teilweise behauptet, daß die Verstümmelung eines andern das schwerere Delikt gegenüber der Tötung eines Einwilligenden sei. [3]) Damit wird zugleich der bejahenden Lehre entgegengetreten, die darauf hinweist, daß bei Unwirksamkeit der Einwilligung eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten u. U. (§225) mit Zuchthaus bestraft würde, die vollendete Tötung gemäß § 216 nur mit Gefängnis. [4])

4. Weiter verteidigt sich die verneinende Lehre gegen die Behauptung, daß bei Wirkungslosigkeit der Einwilligung zwischen § 142 und 225 ein Mißverhältnis entstehen würde, indem eine durch die Richtung gegen die Wehrmacht des Staates qualifizierte Körperverletzung nach § 142 erheblich milder bestraft würde, als eine nicht derart ausgezeichnete Körperverletzung des § 225. [5]) Demgegenüber wird (teilweise auch von Anhängern der bejahenden Lehre selbst) entweder Idealkonkurrenz zwischen den §§ 223 ff und § 142 angenommen [6]) oder, daß der § 142 nur leichte

---

[1]) Ebenso Oppenhoff, Kommentar zu § 223, Nr. 2.

[2]) Aehnlich meint v. Liszt (Lehrbuch S. 319), dass es ausdrücklicher Anordnung bedurft habe, um dem „Verlangen" (Einwilligung genügt nicht) diesen Einfluss zu sichern, und dass dieses trotzdem nur bis zur Strafmilderung, nicht aber bis zum Ausschlusse der Rechtswidrigkeit reiche".

[3]) v. Liszt, Lehrbuch S. 319, Breithaupt S. 60/61, Pfersdorff S. 49 Kiehl, G. A. Band 54, S 361/62, Stoos, Chirurgische Operation, S. 87/89. Dagegen Gerland S. 500, Joski S. 36

[4]) Dies tritt besonders hervor, wenn man den Versuch aus § 216 für strafbar hält oder die dabei verübten Körperverletzungen als besondere Handlungen bestraft, wie es tatsächlich das Reichsgericht tut. (Vergl. Ver. Str. Sen. vom 8 2 96 E Band 28, S. 200). So Keßler S. 74, Kronecker, Ger. S. Band 35, S. 220, Finger, Lehrbuch I, S. 41[8], Joski S. 35 u. a. m.

[5]) So Binding Handbuch I. S. 327. Kessler S. 75. Hartmann S. 753. Kronecker G. S. 35, S. 223. Klee G. A. 50. S. 366 u. a. m.

[6]) Holer, S. 133 f. Pferdorf S. 49 f.

Körperverletzungen betreffe, [1]) oder endlich, daß durch § 142 nur die Anwendung des § 223 in seiner Eigenschaft als Antragsdelikt ausgeschlossen werden solle. [2])

B. Die bejahende Ansicht.

I. Die bejahende Lehre [3]) vertritt die Auffassung, daß die Einwilligung bei der Körperverletzung rechtlich erheblich ist, daß sie die Rechtswidrigkeit ausschließt. Sie verwirft teils [4]) jede Analogie aus den §§ 216 und 142, teils [5]) zieht sie diese Gesetzstellen für sich heran. Ferner weist sie auf Widersprüche hin, die sich aus einer Auslegung des Gesetzes im Sinne der verneinenden Lehre ergäben.

Aus dem Schweigen des Allgemeinen Teils über die Einwilligung und dem Fehlen derselben unter den Strafausschliessungsgründen (vgl. ob. S. 11 flg.) folge nicht, daß die Einwilligung gleichgültig sei. Auch andere allgemein anerkannte Strafausschließungsgründe seien im Allgemeinen Teil nicht erwähnt; [5]) es sei auch nicht die Aufgabe des Allgemeinen Teils, die gesamten Prinzipien des Strafrechts zu enthalten. [6])

Der Schluß des Reichsgerichts und v. Liszts (oben S. 12). aus der Erwähnung der Einwilligung lediglich im § 216 gehe die vom Gesetzgeber gewollte Nichtberücksichtigung bei allen übrigen Delikten hervor, wird durch die Möglichkeit eines ebenso berechtigten entgegengesetzten Schlusses widerlegt. [7])

---

[1]) R. Schmidt, S. 58. v. Bar, med. Forsch. S. 237. Löffler V. D. Bes. Teil, Band 5, S. 242.

[2]) Breithaupt S. 64.

[3]) Vertreter dieser Ansicht u. a. Olshausen § 223, Nr. 9a, Kessler, Einwilligung, Binding Hdb. I, S. 722, Lehrbuch I, Seite 44/45, Klee, G. A. Bd. 50, S. 372, 374. Hartmann, Grünhuts Z. Bd. 27, S. 755. Kronecker, G. S. Band 35, S. 222/3, Ortmann, G. A. Bd. 25, S. 119, G. S. Bd. 35, 332, Zimmermann, G. A. Bd. 29, S. 442, Roedenbeck G. S. Bd. 37, S 139, Finger Lehrbuch I, S. 416, Ullmann G. S. Band 37, S 555, v. Wächter, Vorlesungen S. 189.

[4]) Gegen die Zulassung eines Analogieschlusses aus § 216 erhebt Kessler (S. 9) das grundsätzliche Bedenken, es müsse zunächst feststehen, „dass der § 216 der Ausfluss eines allgemeinen gesetzgeberischen Prinzipes sei". Indessen könnten besondere Härten und Unstimmigkeiten zwischen den Bestrafungen aus den genannten §§ und den sonstigen Vorschriften immerhin Fingerzweige geben. So mit Recht Schäfer S. 62.

[5]) So Zimmermann, G. A. Bd. 29, S. 435 ff. Kronecker a. a. O. S. 223 f. Gerland S. 499. Joski S. 35. v. Liszt, Lehrbuch S. 157 ff.

[6]) Kessler S. 9, Joski S. 34.

[7]) Binding, Hdb. I, S. 722, Anm. 13. Gerland S. 499. Kes ler S. 9 f, Zimmermann, G. A. Bd. 29, S. 448 ff, Hartmann, Grünhuts Z. Bd. 26, S. 753 Frank, Vorbem. z. 4. Abschnitt III. Ortmann, G. S. Bd. 35, S. 381. Klee, G. A. Bd. 50, S. 368. Joski S. 34. Schaefer S. 60.

Gegenüber dem Analogieschlusse aus der in dem § 216 enthaltenen Strafmilderung auf eine ebensolche bei der Körperverletzung mit Einwilligung (Kiehl a. a. O. S. 361, oben S. 13) wird darauf hingewiesen, daß [1]) die Milderung im Falle des § 225, da § 228 mildernde Umstände hier nicht zuläßt, versagt, und sich hier die größte Härte ergibt. Breithaupt S. 60 ferner stimmt den Bedenken des Abgeordneten Schwarze (in der Sitzung vom 4. April 1870) zu, daß bei analoger Anwendung einer Strafmilderung aus § 216 für den Fall der Körperverletzung der Richter hier eine geringere Strafe ganz nach seinem persönlichen Gutdünken anzuordnen hätte. Das hieße, wie Breithaupt unter Zitierung des Abgeordneten Schwarze sagt, „daß der Gesetzgeber Sprünge machte".

Die Behauptung, daß die Verstümmelung eines Einwilligenden das schwerere Verbrechen gegenüber der Tötung eines Verlangenden sei, (vergl. oben S. 12) wird mit dem Hinweise auf die höhere Bewertung des Lebens gegenüber der Körperintegrität zurückgewiesen.[2])

Die bejahende Lehre weist ferner auf Widersprüche hin, die sich bei der Nichtberücksichtigung der Einwilligung in eine Körperverletzung ergeben würden. Halte man die bei Versuch aus § 216 gegebenen Körperverletzungen als solche für strafbar, so ergäbe sich die auffallende Dissonanz, daß sie, obwohl von Tötungsabsicht getragen, nur mit Gefängnis bestraft würden, wenn die Tötungsabsicht aber fehle, unter Umständen mit Zuchthaus. Abgesehen vom Versuch sei es aber auffällig, daß die Tötung auf Verlangen als qualifizierte Einwilligung, nur mit Gefängnis, die schwere Körperverletzung mit Einwilligung aber mit Zuchthaus bestraft würde.[3])

Eine weitere Ungleichheit ergebe sich bei Vergleich des Versuches aus § 216 und § 225. Die versuchte Tötung § 216 bliebe straflos, nicht dagegen die versuchte Körperverletzung aus § 225.[4])

Auch § 142 soll für die Straflosigkeit von Körperverletzungen mit Einwilligung des Verletzten sprechen. Denn falls die Einwilligung nicht die Straflosigkeit der Körperverletzung bewirke, so ergäbe sich, daß die noch durch die Richtung gegen die Wehrmacht qualifizierte Körperverletzung weitaus milder bestraft würde.

---

[1]) Wie Kiehl a. a. O. zugibt.

[2]) Vgl. Schäfer S. 60, Löffler, Vgl. D. B. T. S. 242, Anm. 2, Joski S. 36. Hartmann, Grünhuts Z. Bd. 27, S. 755.

[3]) So Schaefer S. 65, Binding, Hdb. I, S. 723, Kessler S. 74. Finger, Lehrb. I, S 416, Hartmann, Grünhuts zu Bd. 27, S. 753, Klee, G. A. Bd. 50 S 368. Zimmermann, G A. Bd. 29, S. 442, Ortmann, i. bid. Bd. 25, S. 119 Pfersdorff S. 49, Stooss, Chir. Op. S. 87, Breithaupt S. 60/61, v. Liszt S. 319

[4]) So u. a. Schaefer S. 66.

Dabei nehmen die Vertreter dieses Satzes an, daß zur Erfüllung des § 142 nur schwere Körperverletzungen im Sinne des § 225 in Frage kämen.[1])

Zur Begründung der bejahenden Lehre wird vielfach noch auf die vielen kleinen Körperverletzungen des täglichen Lebens hingewiesen — Haarschneiden, Rasieren, die bei Fußball- und sonstigen Wettspielen üblichen Stösse und Schrammen, Theaterohrfeigen — und dargelegt, daß sie alle bestraft werden müßten, wenn die Einwilligung in denselben unbeachtlich wäre.[2])

II) Nach dieser Uebersicht geben wir im Folgenden eine **Darstellung der Lehre Keßlers,** weil diese grundlegend für die bejahende Lehre ist. Ihre Hauptsätze sind geradezu Schlagworte für die bejahende Lehre geworden.[3])

K e ß l e r, (Einwilligung 1884) schreibt der Einwilligung nur dann Wirksamkeit zu, wenn der Staat mit seiner Strafdrohung lediglich Privatinteressen schützen will und Allgemeininteressen nicht in Frage kommen. Das Wesen des Strafrechts ist nach Keßler Interessenschutz. Derjenige ist der Verletzte, in dessen Interesse das Gesetz die Schutznorm erlassen hat, S. 49. Keßler folgert schließlich aus seinen Ausführungen S. 68: „daß, wenn eine gewisse Handlung allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen verboten sei, hierin ein vollgültiger Beweis dafür läge, daß das Interesse nur dieses einen Individuums geschützt sein solle, und folglich die mit Einwilligung dieses Individuums vorgenommene Handlung unverboten sei". Daß lediglich das Interesse des Einzelnen durch die Norm über die Körperverletzung geschützt werden solle, gehe aus der Wortfassung des § 223 hervor: „wer einen anderen . . ." Nur das unmittelbar betroffene Individuum soll durch das Gesetz geschützt werden. Kämen noch andere Interessen in Frage, so würde der Gesetzgeber auch die Selbstverletzung unter Strafe gestellt haben, S. 73. Dies habe er aber aus den verschiedensten Gründen nicht getan. Einerseits um den Menschen nicht als ein „Arbeits- und Zuchttier" zu betrachten, „dessen respektive Körperkraft zum Nutzen anderer Wesen konserviert werden muß", und weil er „in der von Haus aus jedem Deutschen merkwürdig prononcierten Abneigung, sich Arm und Bein oder auch kleine wesentliche Körperteile abzuschneiden

---

[1]) So Kessler S. 75, Joski S. 37, Hartmann, Grünhuts Z. Bd. 27, S. 753 Binding Hdb. I, S. 753, Gerland S. 500, Klee, G. A. Bd. 50 S. 366, Meyer-Allfeld S. 394, Anm. 27, Olshausen, § 223 Nr. 9, Roedenbeck, Zweikampf S. 46, Zimmermann, G. A. Bd. 29, S. 440 u. a. m.

[2]) Vgl. Schaefer S. 70, Löffler, Vgl. Darst. B. T. Bd. V, S. 242/43.

[3]) Ueber die verschiedene Bewertung der Kesslerschen Schrift vgl. einerseits Binding, Hdb. I, S. 711, Anm. 12, andererseits Roedenbeck, G. S. Bd. 37, S. 126.

oder abschneiden zu lassen, eine genügende Gewähr gegen das Vorkommen solcher Fälle sieht".

Kessler führt aus, daß die Einwilligung ihrem Wesen nach weder eine Uebertragung des Rechts des Einwilligenden auf einen anderen, noch die Begründung eines Rechtes zum Handeln für einen anderen, noch eine Aufgabe des fraglichen Rechtes oder ein Verzicht sei, S. 23 ff. Man müsse nach dem stillschweigend erklärten Willen des Gesetzes forschen unter Ablehnung „philosophischer Betrachtungen über den moralischen und rechtlichen Charakter der Verletzung des Einwilligenden", es müsse der Zweck gefunden werden, um dessenwillen die Strafbestimmung erlassen sei. Nach einem Exkurs über den Strafzweck S. 32 ff kommt Kessler auf die Frage nach der Person des Verletzten zu dem Resultat, daß durch ein Verbrechen derjenige verletzt ist, dessen Interesse durch die bezügliche Strafbestimmung geschützt werden sollte, S. 49. Er fährt dann S. 49, 50 fort: „das Interesse einer Person an einer Tatsache ist das Verhältnis dieser Person zu dieser Tatsache, vermöge dessen das Eintreten oder Nichteintreten derselben für ein Gut der Person eine nachteilige Folge hat", S. 50. Derjenige der mit bewußtem Willen einem seinem Gut gefährliche Handlung gestatte, bekunde, daß er kein Interesse an diesem Gute habe, bezw. daran, daß diese Handlung unterbleibe, und so könne eine solche Handlung gegen den Willen und Zweck der Strafbestimmung nicht mehr geschützt werden. Es komme aber darauf an, ob der Zweck dieser Strafbestimmung war, nur ein Rechtsgut zu schützen, oder ob es sich um eine bloss unbeabsichtigte Folge der Norm handle.

Die Frage nach der Person des Verletzten, d. h. also in wessen Interresse die Strafbestimmung erlassen ist, ist der Kernpunkt der ganzen Kesslerschen Ausführung. Er kommt S. 57 zu der weiteren Frage: „Sind diejenigen Verbrechen, bei welchen die Wirksamkeit der Einwilligung streitig ist oder sein kann, zum Schutze nur des einen nächstbeteiligten Interesses oder auch noch anderer Interessen mit Strafe bedroht?" Die herrschende Lehre begnüge sich, führt er a. a. O. aus, mit dem Hinweis auf ein angeblich beteiligtes öffentliches Interesse, wobei er bemerkt, daß selbst bei Zugabe eines öffentlichen Interesses es deswegen noch kein rechtlich oder strafrechtlich geschütztes Interesse zu sein brauche. Unter öffentlichem Interesse stelle sich der eine dies, der andere jenes vor, S. 58, es sei ein dreifach verschiedenes öffentliches Interesse zu unterscheiden.

Unter öffentlichem Interesse sei zuerst zu verstehen das „Staatsinteresse", also das Interesse des Staates als einer öffent-

lichen Korporation, S. 51. In seiner zweiten Bedeutung sei öffentliches Intereresse: das Interesse von Personenkreisen am „Entstehen und Bestehen überhaupt und in abstracto, ohne Rücksicht auf einen concreten Fall seiner Anwendbarkeit", S. 61. Endlich und drittens sei das „öffentliche Interesse" derart, daß im concreten Fall seiner Verletzung niemals es sich als Verletzung ausschließlich dieser Person erweist, sondern als das eines unabgegrenzten Personenkreises.

Das sog. zweite öffentliche Interesse gehöre nicht mit in den Rahmen seiner Untersuchung, da einmal dies Interesse bei allen Gesetzen vorliege. Ferner handele es sich hier darum, das Interesse aufzufinden, das den Gegenstand einer besonderen Gesetzesbestimmung bildet, während dies „zweite" Interesse das Gesetz selbst zum Gegenstand habe.

Das „dritte" öffentliche Interesse sei gegeben bei den Gesetzesverbrechen und Polizeivergehen. Man spreche hier vom Interesse der „öffentlichen Sittlichkeit", der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit". Nur dieses letztere Interesse sei das eigentliche „öffentliche Interesse", S. 63. Keßler, S. 65, will dann bei jeder Form unterscheiden, ob sie schützen will:

1. das Interesse einer Person oder
2. das Interesse mehrerer bestimmter Personen oder
3. ein Staatsinteresse oder
4. ein öffentliches Interesse im eigentlichen Sinne.

Sei der Fall zu 3. oder zu 4. gegeben, so sei die Einwilligung bedeutungslos. Während im Falle 4 die Wirksamkeit der Einwilligung „begrifflich ausgeschlossen sei, treffe dies zwar bei Möglichkeit 3 nicht zu; es habe aber keine praktische Bedeutung, mit der abstrakten Möglichkeit der Einwilligung des Staates in eine Handlung gegen ihn zu rechnen.

In den Fällen 1 und 2 schließe die Einwilligung die Rechtswidrigkeit aus, S. 65. Es sei aber zu beachten, daß im Falle 4 (auch 3) das öffentliche Interesse mit geschützt sein muß, nicht schade es, daß es nur mit geschützt sei. Eine nur denkbare Mitbeteiligung reiche nicht aus, S. 65.

Bei der Anwendung dieser Sätze auf die Körperverletzung weist Keßler, S. 72 nach, daß tatsächlich hierbei die verschiedensten Interessen beteiligt seien. Der Zweck des § 223 St. G. B., worauf es allein ankomme, sei aber, die Interessen nur des Einzelnen an seiner Körperintegrität zu schützen, S. 73 (Vergl. oben S. 25). Keßler weist darauf hin, daß andernfalls der Staat auch die Selbstverletzung hätte strafen müssen. Dies tue er aber aus den oben S. 26 erwähnten Gründen nicht, sondern nur dann, wenn die

Handlung zugleich das Staatsinteresse verletzte (§ 142), S. 75/76. Da also nur der Einzelne der Geschützte sei, schließe die Einwilligung die Strafbarkeit der Körperverletzung aus, S. 78. [1])

C. Mittelmeinungen.

Eine Reihe von Autoren sucht zu ermitteln und muß so notwendig — wenn auch im Einzelnen untereinander abweichend — zu einer Differenzierung innerhalb der Körperverletzungen kommen.

Geyer, Grundriß, Bd. II S. 18 spricht der Wirksamkeit der Einwilligung Berechtigung zu bei „ganz geringfügigen Verletzungen, für welche aber gesetzliche Formulierung notwendig ist". Grund Unser sonst verletztes Rechtsgefühl. Er begründet seine Ansicht im Uebrigen damit, daß der Staat große Anforderungen an den Untertan stelle, mit denen ein uneingeschränktes Verfügungsrecht über den Körper unerträglich sei. Der Staat ziehe diesem Verfügungsrecht auch da Schranken, wo weder in fremdes Recht noch Gut eingegriffen werde. [2])

Oppenheim, Schweiz Z. V. S. 344 erklärt geringfügige Körperverletzungen für gewohnheitsrechtlich erlaubt.

Merkel, Lehrbuch S. 170 äußert sich dahin, daß ihm die Gründe gegen die Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung für berechtigter erscheinen als die bejahenden; doch will er die Antragsdelikte ausnehmen mit dem Eingeständnis, für sein Empfinden allerdings keinen alle Zweifel ausschließenden Beweis finden zu können.

Wiebeck, (S. 39) verweist für die Straflosigkeit der Antragsdelikte darauf, daß das Interesse des Staates und der Gesamtheit hier viel zu wenig berührt werde, um eine Strafbarkeit des Täters zu begründen.

v. Bar, (Gesetz und Schuld Bd III, S. 58/9) will die Einwilligung anerkennen für die auf Antrag verfolgbaren Körperverletzungen. Es sei zwar der Schluß, daß durch das Antragserfordernis das betr. Rechtsgut zu einem „bedingten" (d. h. durch den Willen des Berechtigten bedingt) erklärt sei, nicht absolut gerechtfertigt; dennoch sei das Erfordernis des Strafantrages ein sehr erhebliches Moment für die Würdigung der Wirksamkeit der

[1]) Näher soll hier auf die Lehre Kesslers nicht eingegangen werden. Vergl. im übrigen ihre Kritik durch Roedenbeck, G. S. Bd. 37, S 124, dazu auch G. S. Bd. 37, S. 72. (Vergl. unten S. 42 ff).

[2]) Vergl. Revision im G. S. Bd. 26, S. 280. Hier fragt er „warum der Staat gebunden sein solle, das Selbstverfügungsrecht da zu respektieren, wo es sich in einer naturwidrigen und unsittlichen Weise äussert, wie in der Einwilligung in eine nicht ganz unbedeutende Körperverletzung".

Einwilligung. Die ratio legis könne daher „unter gewissen Voraussetzungen zu der Annahme berechtigen, das Gesetz habe bei bestimmten Deliktsarten in Ansehung des Ausschlusses der Strafbarkeit die Einwilligung der nachherigen stillschweigenden Verzeihung mindestens gleichgestellt". So bei der leichten Körperverletzung. Dasselbe widerstreite bei schweren Körperverletzungen unserm Rechtsgefühl.

Von einer ganz und gar nicht feststehenden Voraussetzung geht Heß [1]) aus. Der Satz volenti non fit injuria habe soweit Geltung, als er dahin ergänzt werde: sapienter volenti non fit injuria. Dieser letzte — selbstverständliche — Satz folge aus dem Wesen des Unrechts. Man schade jemandem auch dann, wenn man ihn mit seinem Willen schade, und nur dann nicht, wenn man ihm nütze, d. h. seinen vernünftigen Willen erfülle. Der Satz: sapienter volenti non fit injuria müsse vom Gesetzgeber als selbstverständlich gewollt angesehen werden. Darnach beantworte sich auch die Frage nach der Bedeutung der Einwilligung in eine Körperverletzung. Resultat: bei vernünftiger Einwilligung sei jede, auch die schwere, bei unvernünftiger Einwilligung keine, auch nicht die leichte, erlaubt. [2])

Auch Kiehl (G. A. Bd. 54, S. 377 ff) verwirft es, der Einwilligung in eine Körperverletzung ausschließliche Wirkung beizumessen. Die Begleitumstände entscheiden, ob eine Tat im Sinne der §§ 223 ff vorliege oder nicht (S. 375). Andererseits bedeute es eine „zu gefährliche Probe an der Natur der Dinge und der Erfahrung des täglichen Lebens", eine jede Körperverletzung auch mit dem Willen des betroffenen Individuums als widerrechtlich anzusehen (S. 375). Aber es dürfen keine „staatlichen" Interessen konkurrieren (S. 376/77). Also rechtlich indifferente Körperverletzungen sind bei Einwilligung straflos. Zu diesem Ergebnis kommt Kiehl durch die seltsame Unterstellung, „daß nach vernünftigem Ermessen anzunehmen sei, das Gesetz wolle Norm und Strafdrohung nur unter der stillschweigenden Klausel verstanden wissen, daß die Handlung unter derartigen Umständen geschehen sei, daß sie überhaupt rechtliche Beachtung verdiene".

Eine neue Terminologie führt Holer, Einwilligung (1906)

---

[1]) Abhandlungen aus dem Gebiet des Zivil- und Strafrechts 1892. Vergl. dazu auch seine beiden Schriften „Die Ehre und die Beleidigung des § 185" und „Neue Thesen" (1900).

[2]) Es wird eingehend noch die Materie der Operation besprochen — wobei die wunderlichsten Anschauungen zutage treten — alles unter dem Banne der Sätze: sapienter non fit injuria und insipienter volenti fit injuria.

ein. Er unterscheidet „bedingte“ und „unbedingte“ Rechtsgüter. Bedingt ist ein Rechtsgut, wenn ihm nur durch den Willen seines Inhabers Rechtsschutz zuteil wird. Unbedingt, wenn es von der Rechtsordnung ohne Rücksicht auf den Willen seines Inhabers geschützt wird. Holer gibt auch an, woran zu erkennen sei, ob ein konkretes Rechtsgut ein bedingtes oder unbedingtes ist. Er führt (S. 102) aus, das Gesetz habe in 3 Fällen die Bedingtheit des Rechtsgutes konkludent ausgesprochen:

1. Wo es den Willen als solchen zum Rechtsgut erhoben hat, 2. bei den Antragsdelikten und 3. bei den Vermögensdelikten.

Bei den bedingten Rechtsgütern beseitige die Einwilligung die Rechtswidrigkeit; nicht dagegen bei den unbedingten. Daher sind die leichten Körperverletzungen mit Einwilligung als Antragsdelikte straflos (S. 123). Die Körperintegrität ist also bei Holer je nachdem ein bedingtes oder unbedingtes Rechtsgut. [1])

Von zivilrechtlichen Betrachtungen faßt Zitelmann (Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 99, insbes. S. 47 ff, 75 ff) die Lösung des Problems an. Die Grundgedanken seiner sogenannten **„Rechtsgeschäftstheorie“** [2]) sind folgende:

Der an sich rechtswidrige Eingriff in die Rechtssphäre eines andern verliert durch einen Vertrag des Rechtsinhabers mit dem Eingreifenden des Inhaltes, daß der Eingreifende ein, wenn auch widerrufliches, Recht auf Duldung des Eingriffes erhalte, seine Rechtswidrigkeit. Zitelmann trennt zwischen Vertrag und Einwilligung: durch die Einwilligung erwirbt der Dritte ein Recht zum Handeln, durch den Vertrag lediglich das Recht, die Gestattung zu fordern. Die Rechtswidrigkeit werde aber nicht dadurch, daß er infolge seines vertragsmäßigen Forderungsrechtes handele, beseitigt, sondern dadurch, daß er mit Einwilligung des Schuldners handele, (S. 44). Besonders bei den Eingriffen in die körperliche Integrität, ergebe es sich, daß der die Rechtswidrigkeit ausschließende Hauptfaktor die Einwilligung in die Vornahme des konkreten Eingriffs sei (S. 46). Hier möge immerhin der „Schuldner“ durch Verweigerung der Einwilligung zwar gegen seine obligatorische Verpflichtung, den Eingriff zu dulden verstossen; der „Gläubiger“ aber dürfe die Handlung nun nicht mehr vornehmen. Sei nun die Einwilligung erteilt, so könne sie nur widerrufen werden, wenn es sich um Eingriffe in die Integrität der Person oder in den Besitz handele, was aus B. G. B. §§ 858, 228/29 hervorgehe (S. 46). Die Einwilligung sei im übrigen eine Willenserklärung die ein Rechtsgeschäft, nicht nur einen rein tatsächlichen Vorgang

---

[1]) Vergl. dazu die Kritik Kiehls, G. A. Bd. 54 S. 390 ff.

[2]) Ausdruck Gerlands a. a. O. S. 503 u. a.

darstelle. Fordere man auch zum Rechtsgeschäfte eine Absicht, einen auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichteten Willen, so brauche diese „juristische Absicht", keine „juristisch ausgeprägte" zu sein. Es genüge, wenn sie auf einen gewissen, tatsächlichen Erfolg gehe, sofern nur der Handelnde diesen zugleich als einen rechtlich bedeutsamen, von der Rechtsordnung anerkannten beabsichtige. Hierbei sei auch der Grund, mit dem der Handelnde diese rechtliche Seite des beabsichtigten Erfolges sich vorstelle, gleichgültig (S. 51/52).

Die Einwilligung müsse aber überhaupt rechtsgültig sein, im Besonderen weder gegen die guten Sitten, B. G. B. § 138, noch gegen das Gesetz verstoßen, B. G. B. § 134, (S. 66) um dem Gegner ein Recht zum Eingriff geben zu können. Da nun eine Handlung nicht zugleich rechtmäßig und rechtswidrig sein könne, bewirke die Einwilligung „den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in gleichem Maße wie für das Privatrecht auch für das Strafrecht". (S. 56).

In betreff der Einwilligung in Rechtsgüter, bei denen kein subjektives Recht „bestimmt begrenzten Inhaltes ausgestaltet ist" wie Leben, Gesundheit, Ehre, sei zunächst stets die Frage aufzuwerfen, ob die Einwilligung in ihre Verletzung den guten Sitten entspreche oder dagegen verstoße. Dies lasse sich aus ihrer Natur nicht entnehmen; eine Vermutung spräche weder für sie noch gegen, und nur die Umstände des Falles und der Zweck des Eingriffs entscheiden. Verstoße die Einwilligung gegen die guten Sitten, so sei sie nichtig, (B. G. B. § 138) die ihr zufolge verübte Körperverletzung rechtswidrig, (S. 66, 72, 78/79). Das Gleiche gelte, wenn die Einwilligung gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, B. G. B. § 134 (S. 66), z. B. gegen St. G. B. § 142. Hier sei die Einwilligung deshalb nichtig.

Mache nun die Geringfügigkeit der Verletzung in vielen Fällen ersichtlich, daß die Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstoße, z. B. bei Haar- und Bartschneiden. Medizinische Experimente seien als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen, wenn es sich um eine schwerere oder gefährdende Verletzung handele. Derselbe Gesichtspunkt komme bei Uebungskämpfen, Fußballspielen etc. in Betracht (S. 79). Aber auch der Zweck der Verletzung entscheide. Die Einwilligung müsse unseren „rechtlich-ethischen", nicht bloß „gesellschaftlichen" oder „rein-ethischen" Anschauungen entsprechen. So sei die Einwilligung in eine Tracht Prügel nichtig, die ein Dieb gegenüber dem Bestohlenen gebe, damit dieser ihn laufen lasse.

R. Schmidt [1]) beantwortet unsere Frage dahin, daß die

---

[1]) Verantwortlichkeit S. 55 ff, Gegen ihn u. a. Löffler V. D. B. T. V. S. 243, Anm. 3.

Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung ausgeschlossen werde, soweit die Körperverletzung in dem „Erregen subjektiven Mißbehagens", dagegen nicht, sofern sie in „äusserer oder innerer regelwidriger Veränderung der Körperbeschaffenheit" bestehe (S. 56). Zu dieser Unterscheidung glaubt er sich durch den Tatbestand des § 223 St. G. B. berechtigt. Er führt aus, daß ein Gesetzgeber das „maßgebende Tatbestandskennzeichen des Delikts (i. e. die Körperverletzung) ebensowohl in die Erregung eines körperlichen Mißbehagens wie in die Veränderung der normalen Körperbeschaffenheit, bes. der Körperoberfläche verlegen kann" (S. 55). Da nun das Strafgesetz weder das eine noch das andere ausschließlich tue, so liege es nahe, bereits die tatbestandsmäßige Trennung von „Mißhandlung" und „Gesundheitsbeschädigung" zu beachten. Dieser entspreche auch die Rechtsprechung, die als Mißhandlung die „Erregung von Mißbehagen", auch ohne Eingriff in die Körperintegrität, dagegen als Gesundheitsbeschädigung „jede einigermaßen dauernde Veränderung der Körperbeschaffenheit, auch wenn sie nicht Schmerz erregend ist", ansieht (S. 56/57).

II. Teil.

§ 3. Kritische Betrachtung.

A. Die Einwilligung in eine Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff St. G. B.

Wenn die Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung im Sinne des § 223 die Wirkung haben soll, eine strafbare Handlung auszuschließen, so kann dies nicht aus dem Grunde geschehen, weil es bei vorhandener Einwilligung bereits am gesetzlichen Tatbestande der Körperverletzung fehlen würde; denn dieser erfordert weder ein Handeln wider den Willen des Verletzten, noch enthält er sonstige Tatumstände, die mit einem Einverständnis desselben unvereinbar sind. Die Straflosigkeit einer Körperverletzung mit Einwilligung kann somit nur darauf beruhen, daß diese die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließt.

Mit der Strafbarkeitserklärung der Körperverletzung durch den § 223 St. G. B. ist nun zugleich deren Rechtswidrigkeit ausgesprochen, da diese die notwendige Voraussetzung einer jeden Strafbarkeit ist. Das folgt aus der Natur der Strafe als Unrechts-

folge. Reicht somit die Tatbestandsmässigkeit einer Handlung aus, um diese als grundsätzlich rechtswidrig erscheinen zu lassen, so bedarf es demgegenüber eines besonderen Beweises, wenn diese regelmäßig mit der Tatbestandserfüllung verknüpfte Rechtswidrigkeit beim Vorliegen gewisser, mit dem Tatbestande vereinbare Umstände ausnahmsweise ausgeschlossen sein soll.

Bildet nun die vom Verletzten ausgehende Einwilligung in eine Körperverletzung einen solchen rechtfertigenden Umstand?

I. Wir betrachten daraufhin zunächst das

Strafgesetzbuch.

1. Der vierte Abschnitt (§§ 51 ff) des Strafgesetzbuches nennt eine Anzahl von „Gründen, die die Strafe ausschliessen". Die Einwilligung fehlt indessen unter diesen Strafausschließungsgründen und ist auch sonst im Allgemeinen Teil des Gesetzes nicht erwähnt. Ist nun das Schweigen des Allgemeinen Teils dahin auszulegen, dass der Gesetzgeber hiermit die grundsätzliche Wirkungslosigkeit einer Einwilligung hat aussprechen wollen? Eine solche Annahme erscheint uns bedenklich. Wollte man diesen Schluss ziehen, so müßte man zunächst die Fälle ausnehmen, in denen bei Einwilligung des Verletzten eine strafbare Handlung bereits wegen Mangel der Tatbestandsmäßigkeit nicht vorliegt. Da außerdem selbstverständlich diejenigen Delikte außer Betracht bleiben, deren Tatbestand gerade das Vorhandensein einer Einwilligung verlangt, würden nur solche Vergehen übrig bleiben, deren Tatbestandsmäßigkeit durch die Willensrichtung des Verletzten nicht berührt wird, z. B. Tötung und Körperverletzung. Diese Fälle bilden bei weitem die Minderheit. Wollte trotzdem der Gesetzgeber für diese Fälle die grundsätzliche Wirksamkeit der Einwilligung aussprechen, müßte er bereits die Tötung ausnehmen, denn für dieses Delikt ergibt sich die Wirkungslosigkeit der Einwilligung de lege lata aus dem § 216. Für die Vermögensdelikte endlich würde sich eine generelle Bestimmung über die Bedeutung einer Einwilligung erübrigen, weil hierüber außerstrafrechtliche, insbesondere privatrechtliche Normen hinreichend Auskunft geben.

Da somit einerseits eine generelle Bestimmung sozusagen nicht zu erwarten ist, eben weil sie aus den angeführten Gründen nicht tunlich erscheint, und anderseits der Gesetzgeber seinen Willen nicht expressis verbis zum Ausdruck zu bringen braucht, erscheint es uns als willkürlich, aus dem Schweigen des Allgemeinen Teils allein einen Schluss pro oder contra zu ziehen.

2. Zu erwarten wäre dagegen eine Bestimmung im besonderen Teil des Gesetzes bei den in Frage stehenden Delikten. Der Abschnitt (XVII) über die „Körperverletzung" schweigt. Das

Moment der Einwilligung wird in Verbindung mit einer Körperverletzung lediglich in § 142 erwähnt. Diese Vorschrift ist indessen u. E. für die Beantwortung unserer Frage ohne entscheidende Bedeutung. § 142 steht unter den „Delikten wider die öffentliche Ordnung". Er ist mithin systematisch kein Spezialfall der Körperverletzung. Gesetzeskonkurrenz zu den Vorschriften des XVII. Abschnittes wird also abzulehnen sein, da nicht ersichtlich ist, daß § 142 unter Ausschluß der §§ 223 ff zur Anwendung kommen soll. Es ist vielmehr ideale Konkurrenz anzunehmen, und demnach würde beim Vorliegen von sog. schweren Körperverletzungen (§§ 224, 225) die Strafe aus den letztgenannten Vorschriften zu bestimmen sein, dagegen aus § 142, wenn es sich um sogenannte leichte Körperverletzungen handelt (§ 223). [1]) Widersprüche zwischen dem § 142 und den §§ 224, 225 entstehen also nicht, wenn man die verneinende Lehre vertritt und Idealkonkurrenz zwischen beiden Delikten annimmt. Ebensowenig steht § 142 der bejahenden Ansicht entgegen.

Wollen wir nunmehr sehen, wie sich das Strafgesetzbuch zum Einwilligungsmoment bei anderen in Frage kommenden Delikten stellt, so finden wir an positiven Bestimmungen lediglich den § 216. Diese Vorschrift gestattet aber u. E. nur den Schluss, daß die Einwilligung für die Tötung keinen Grund ausgeschlossener Rechtswidrigkeit bildet, da selbst das „Verlangen" als verstärkte Form der Einwilligung diese Wirkung nicht hat. Jede weitere Schlußfolgerung hieraus auf die Bedeutung der Einwilligung bei anderen Delikten, so auch hinsichtlich der Körperverletzung ist u. E. willkürlich. Anders wenn durch den § 216 der Einwilligung die Wirkung beigelegt würde, die Rechtswidrigkeit der Tötung auszuschließen, dann müßte allerdings per argumentum e contrario das Gegenteil für die Fälle angenommen werden, in denen das Gesetz schweigt. Solange wir aber nichts weiter wissen als die Tatsache der Unwirksamkeit einer Einwilligung in die Tötung, vermögen wir auch nicht ohne Weiteres zu entscheiden, ob wir

---

[1]) Unrichtig u. E. der Gedankengang Schäfers (a. a. O. S. 68) er stützt sich auf die Worte „dieselbe Strafe" im § 142. Sein Gedankengang ist folgender: A. macht den B. durch eine Körperverletzung zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich. Wäre nun die Körperverletzung mit Einwilligung strafbar, so würde hier der A. erhalten: Zuchthaus statt Gefängnis, B. dagegen nur Gefängnis, was jedoch dem Wortlaut des Gesetzes widerspräche, nach dem A. „dieselbe Strafe" treffen müsste. Der Fehler dieser Beweisführung ist offensichtlich: § 142 besagt nämlich durch die genannte Wendung nur, dass für die Vernichtung der Wehrfähigkeit Täter und Verletzter aus § 142 die gleiche Strafe erhalten sollen. Dem steht nicht entgegen, den Täter aus einem anderem Gesichtspunkte und aus einer anderen Norm, so hier wegen schwerer Körperverletzung aus § 224, bezw. 225, uasserdem zu bestrafen.

dasselbe auch hinsichtlich der Körperverletzung anzunehmen berechtigt sind oder aber per argumentum e contrario vielmehr das Gegenteil. Immerhin spricht u. E. für eine übereinstimmende Beurteilung beider Delikte hinsichtlich der Einwilligung weit mehr, als für eine verschiedene Behandlung von Körperletzung und Tötung.

Für eine Gleichbehandlung beider Delikte spricht u. E. vor allem die Wesensgleicheit von Tötung und Körperverletzung, beruhend auf der Verwandtschaft der verletzten Rechtsgüter und der Gleichheit der Begehungshandlung. Letzteres Moment tritt am deutlichsten in die Erscheinung, wenn wir die Delikte Tötung, Körperverletzung mit tötlichem Ausgang (§ 226) und eigentliche Körperverletzung miteinander vergleichen. Die Handlung ist bei ihnen die gleiche: eine Körperverletzung im realen Sinne. Der rechtliche Unterschied zwischen der Tötung und der Körperverletzung mit tötlichem Ausgang liegt lediglich im Schuldmoment; der letale Erfolg, der rein objektiv Tötung und Körperverletzung als Delikte trennt, liegt außerhalb der eigentlichen Handlung. Entscheidend für die Wesensgleichheit von Körperverletzung und Tötung ist indessen u. E. die Verwandtschaft der Rechtsgüter, Leben und Körper bezw. Gesundheit. Man ist gewohnt, sie neben Freiheit und Ehre als Persönlichkeitsgüter zu bezeichnen, als Güter, die den Begriff der menschlichen Persönlichkeiten ausmachen, da sie die unerläßlichen ideellen und materiellen Bedingungen für Existenz und sittliche Entwicklung des Individuums darstellen. Unter ihnen erscheinen wiederum Leben und Körper als besonders eng verwandte Rechtsgüter, weil in ihnen die physische Existenz des Menschen verankert ist.

Dies alles spricht u. E. dafür, insbesondere für Leben und Körper nach dem Willen des Gesetzgebers auch einen grundsätzlich gleichen Schutz gegen Verletzungen anzunehmen.

3. Gegen eine als vom Gesetzgeber als gewollt anzusehende Gleichbehandlung von Tötung und Körperverletzung könnte insbesondere eingewendet werden, daß das Verbot der Körperverletzung im Gegensatz zum Tötungsverbot lediglich im Interesse des durch die Körperverletzung zunächst betroffenen Individuums gegeben sei,[1]) sodaß es bei Einwilligung am Verletzungs- bezw. Schutzobjekt der §§ 223 ff fehle, die ist aber weder der Straflosigkeit der Selbstverletzung noch hinsichtlich der leichten Körperverletzung aus dem Antragserfordernis (§ 232) zu entnehmen.

a. Sofern man dies aus der Straflosigkeit der Selbstverletzung folgern will, kommt es hauptsächlich auf den Beweis an, daß

[1]) So u. a. Olshausen zu § 223 Nr. 9.

Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden rechtlich vollkommen gleichwertige Begriffe sind. Hieran scheitert auch die Beweisführung Keßlers (oben S. 15 ff). Er faßt seine Ausführungen (a. a. O. S. 68) dahin zusammen, daß, „wenn eine Handlung allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen verboten sei, hierin ein vollgültiger Beweis dafür läge, daß das Interesse nur dieses einen Individuums geschützt sein solle, und folglich die mit Einwilligung dieses Individuums vorgenomme Handlung unverboten sei". Mit Recht führt Pfersdorff (S. 47 a. a. O.) dagegen aus, „daß hierin zunächst ein vollgültiger Beweis nur dafür liegt, daß die durch die Tat berührten Interessen gegen die Handlung des betreffenden Individuums nicht geschützt werden sollen", und „daß diejenigen unter diesen Interessen, deren Träger es selbst ist, durch das Individuum nicht verletzt werden können, weil sie mit Naturnotwendigkeit vor Begehen der Tat aufgehört haben zu existieren". Wenn aber das in Frage kommende Interesse gegen die Handlung des Individuums selbst nicht geschützt wird, so ist hieraus noch keineswegs zu folgern, daß es auch bei einer mit Einwilligung vorgenommenen Verletzung durch einen Dritten ungeschützt bleiben solle, wie Keßler meint. Von Keßlers Standpunkt — es gibt kein Rechtsgut gegen den Willen seines Trägers — ist dieses allerdings ganz folgerichtig, gerade hier aber liegt der eigentliche Fehler seiner Beweisführung.[1]) In der Widerlegung derselben wirft Holer (a. a. O. S. 125) Keßler mit Recht eine Vermengung der formellen und inhaltlichen Seite des Rechts vor, da „über ein Geschütztsein des Interesses, während das Gesetz selbst nichts darüber sage, höchstens dessen Motive darüber Auskunft geben können". Dagegen beruht es u. E. auf einem Mißverständnis, wenn Holer a. a. O. meint, Keßler wolle aus dem Nichtverbotensein auf die Kraft des Individuums schließen, die Erlaubnis auch auf weitere Individuen auszudehnen. Das behauptet Keßler garnicht, denn aus dem Nichtverbotensein schließt er lediglich, daß das Interesse nur dieses einen Individuums geschützt sein solle, und daß „folglich" d. h. weil nur das Interesse dieses einen Individuums geschützt werden solle, die mit dessen Einwilligung vorgenommene Handlung unverboten sei. Holer hat u. E. das Wort „folglich" in dem Keßlerschen Satz mißverstanden.

Keßler geht aber von zwei nicht als richtig anzuerkennenden Voraussetzungen aus: von der Verneinung eines Rechtsgutes wider den Willen seines Inhabers und der Gleichsetzung der Begriffe Selbstverletzung und der Verletzung eines Einwilligenden. Erst der Richtigkeit beider Voraussetzungen würde es entsprechen,

[1]) Gegen den gerannten Satz Kesslers wendet sich ausführlich auch Merkel, Lehrbuch S. 168/169

daß eine mit Einwilligung des Individuums vorgenommene Verletzung des Rechtsgutes, an dessen Integrität man kein Interesse mehr hat, nicht rechtswidrig ist, eben weil sie jenes nicht vorhandene Interesse nicht mehr treffen kann.

Die Fehlerhaftigkeit des ersten Satzes beruht auf der Verkennung der Tatsache, dass öffentliche Interessen für den Umfang des strafrechtlichen Schutzes von Rechtsgütern entscheidend sind. Das Recht verleiht seinen strafrechtlichen Schutz solchen Gütern, die nach Ueberzeugung der Allgemeinheit interessenwürdig sind, ohne damit zunächst über die Befugnis des Trägers des Rechtsgutes zu entscheiden, diesem Gut die Eigenschaft eines Rechtsgutes zu geben oder zu nehmen, je darnach, ob er in concreto ein Interesse daran hat oder nicht, denn es kann Grund genug bestehen, ein Rechtsgut auch wider den Willen seines Inhabers zu schützen. Wenn man an die Fälle der Tötung und Körperverletzung denkt, so dürfte die Verletzung selbst eines Einwilligenden grundsätzlich die öffentliche Mißbilligung finden.

Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden ferner sind wesentlich verschieden. Beiden Begriffen gemeinsam ist der auf die Verletzung gerichtete Wille. Daraus folgt aber nur, dass in den Fällen, in denen ein Handeln „wider den Willen" zum Tatbestand gehört, es beim Vorliegen einer Einwilligung am Tatbestand fehlt. Dagegen richtet sich die Verletzung eines Einwilligenden gegen ein dem Täter fremdes Rechtsgut, während derjenige, der sich selbst verletzt, sein eigenes Rechtsgut trifft. Schon aus diesem Grunde sind beide Begriffe nicht identisch, mögen sie auch vom Standpunkt des Verletzten aus gleichwertig sein.

Sofern zwar an der Integrität eines Rechtsgutes öffentliche Interessen bestehen, werden diese allerdings im gleichen Maße verletzt, mag der Inhaber des Rechtsgutes selbst der Täter sein oder mit seiner Einwilligung ein Dritter. Folgerichtig wäre daher, unter diesem Gesichtspunkt die Selbstverletzung dann zu verbieten, wenn die Verletzung durch einen Dritten mit Zustimmung des Rechtsgutsinhabers untersagt ist. Das geltende Recht weicht hiervon aber durchweg ab, wie beispielsweise die Straflosigkeit des Selbstmordversuches zeigt, während die Tötung eines Einwilligenden rechtswidrig und strafbar ist. Der Grund hierfür liegt in dem natürlichen Verfügungsrecht des Individuums über seine allerpersönlichsten Lebensgüter: Leben und Körper. Nur darf die Ausübung dieses Verfügungsrechtes nicht zugleich ein selbständiges Delikt darstellen. Hieran findet es seine selbstverständliche Grenze (so § 142 Abs. 1). Wenn aber das natürliche Selbstverfügungsrecht die Selbstverstümmelung trotz ihres durch

die allgemeine Mißbilligung bewiesenen Verstoßes gegen die guten Sitten zu decken vermag, so steht dem Dritten, der einen Einwilligenden verletzt, kein ähnlicher Schutz zur Seite.

Aus der Straflosigkeit der Selbstverletzung ist daher nicht zu folgern, daß ein Rechtsgut nur im Interesse seines Inhabers geschützt sein soll.

b. Das Antragserfordernis ferner ist u. E. zunächst ein rein prozessuales Institut, dem eine materiell rechtliche Bedeutung nicht zukommt. Die Annahme aber, daß ein Rechtsgut, soweit seine Verletzung nur auf Antrag zu bestrafen ist, im alleinigen Interesse des Einzelnen geschützt wird, erscheint nicht haltbar, weil darnach möglicherweise ein und dasselbe Rechtsgut, um mit Holer zu reden, teils als „bedingtes", teils als „unbedingtes" erscheinen würde, (ob. S. 20/21). Aus dem Antragserfordernis ist u. E. nur zu entnehmen, dass der Staat eine Handlung nur dann gerichtlich verfolgt, wenn der Verletzte dies will. Dieser aber wird es häufig lieber sehen, dass die fragliche Angelegenheit nicht in die Oeffentlichkeit dringt. Eine Verständigung, Entschuldigung oder Entschädigung seitens des Täters wird er vorziehen, wogegen die Geringfügigkeit der Angelegenheit auch kaum Bedenken aufkommen läßt. Trotzdem sind auch nur auf Antrag verfolgbare Handlungen verboten, da sie mit Kriminalstrafe bedroht sind.

4. Es gibt u. E. für das Geschütztsein eines Rechtsgutes im alleinigen Interesse seines Inhabers nur ein einziges zuverlässiges Kennzeichen: die Wirkung der Einwilligung des Rechtsgutsinhabers, die Rechtswidrigkeit der Verletzung durch einen Dritten auszuschließen, denn wenn die Einwilligung unwirksam ist, liegt ein vollgültiger Beweis vor, daß konkurrierende schutzwürdige Interessen Dritter durch die betr. Strafbestimmung mitgeschützt werden sollen. Dies ist beispielsweise hinsichtlich der §§ 211 ff der Fall. Es liegt aber auf der Hand, daß das genannte Kriterium für uns nicht in Betracht kommen kann, da wir gerade wissen wollen, ob die Einwilligung bei dem Delikt der Körperverletzung wirksam ist oder nicht.

Damit kommen wir zu dem Ergebnis, daß dem Strafgesetzbuch über die Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung nichts zu entnehmen ist.

II. Wir sind indessen bei der Aufsuchung eines Rechtfertigungsgrundes nicht auf strafrechtliche Grundsätze beschränkt, da es keinen Unterschied machen kann, in welchem Teil der Rechtsordnung sich die Norm findet, die ein strafrechtlich verbotenes Verhalten ihrerseits für erlaubt erklärt. Da es nun aber auch außerhalb des Strafrechts an

einer ausdrücklichen speziellen Bestimmung über die Einwilligung in eine Körperverletzung fehlt, werden wir prüfen, ob diese Einwilligung unter irgend einem Gesichtspunkt betrachtet, in eine Kategorie mit solchen juristischen Tatsachen oder Handlungen fällt, deren Rechtswirkungen feststehen. Wir wollen sehen, ob sich auf diesem Wege ein Rechtssatz finden läßt, der zum § 223 St. G. B. als Ausnahmenorm hinzutritt. In Betracht kommt zunächst das Privatrecht.

1, Es fragt sich demnach, ob und wann die Einwilligung des Inhabers eines Rechtsgutes in die Verletzung desselben eine rechtserzeugende Willenserklärung, ein Rechtsgeschäft sein kann. In Beziehung nun auf das betr. Rechtsgut stellt sich die Einwilligung als Verfügung über dieses dar. Dem Dritten aber gibt sie die tatsächliche Erlaubnis zur Vornahme der Verletzung. Es fragt sich nun, ob diese (tatsächliche) Erlaubnis von der Rechtsordnung mit der Wirkung ausgestattet ist, ein strafrechtliches Verbot der vom Einwilligenden erlaubten Verletzungshandlung aussuschalten, bezw. ob ein solches Verbot dann nicht gelten will, wenn und weil der Verletzte die Verletzung gestattet. Es muß dies dann verneint werden, wenn der Einwilligung nicht nach privatrechtlichen Grundsätzen die Bedeutung einer rechtswirksamen Verfügung über das einzelne Rechtsgut zukommen kann. Die Rechtswirksamkeit einer solchen ist nun von dem Umfange des Verfügungsrechtes abhängig, das die Rechtsordnung dem Einzelnen über sein Rechtsgut eingeräumt hat. Steht diesem das freie Verfügungsrecht zu, so kann er rechtswirksam auch einem Dritten die Verletzung seines Rechtsgutes gestatten, d. h. mit der Wirkung, dass dieselbe einem erlaubten Eingriff in ein fremdes Rechtsgut darstellt. Die Rechtsordnung überläßt es hier dem Einzelnen, ob und wieweit er sein Rechtsgut dem Eingriffe eines Dritten zugängig machen will. Hat das Individuum nun über seinen Körper ein so weit gehendes Verfügungsrecht? Dies wird zu verneinen sein. Es bedürfte u. E. dazu eines Ausspruches der Rechtsordnung, wie hinsichtlich des weit geringwertigeren Rechtsgutes des Eigentums durch B. G. B. § 903 geschehen. Hätte der Einzelne über seine Rechtsgüter grundsätzlich ein vollkommen freies Verfügungsrecht, so wäre es kaum verständlich, warum dies hinsichtlich des Eigentums besonders ausgesprochen ist. Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift ist das Bestehen eines freien Verfügungsrechtes über das einzelne Rechtsgut u. E. zweifelsfrei nur daran zu erkennen, daß sein Inhaber auch die Befugnis hat, entweder das betr. Gut auf einen Dritten zu übertragen oder aber diesen an demselben ein solches (dingliches oder obligatorisches) Recht zu übertragen, das nach seinem Inhalt auch zur Verletzung berechtigt. Leben, Körper und

Gesundheit rechnen nun keineswegs zu dieser Kategorie von Rechtsgütern Zu diesen seinen höchst persönlichen Lebensgütern steht der Einzelne selbst nicht in einem Verhältnis, das ihn zum Rechtssubjekt und jene zu Rechtsobjekten macht [1]); um so weniger kann Dritten irgend ein Recht an jenen Gütern zustehen, sie sind extra cammercium. Da somit dem Einzelnen über seinen Körper das freie Verfügungsrecht nicht zusteht, kann er auch nicht durch Rechtsgeschäfte einem Dritten eine Befugnis zur Vornahme einer Körperverletzung einräumen.

Nach den bisherigen Ausführungen erübrigt sich eine eingehende Würdigung der „Rechtsgeschäftstheorie" von Zitelmann (oben S. 20 ff im Einzelnen), da u. E. die Einwilligung in einen Eingriff in die Persönlichkeitsgüter in keinem Fall ein Rechtsgeschäft ist, das innerhalb der durch die §§ 134 und 138 B. G. B. gezogenen Grenzen dem Täter eine rechtliche Befugnis zum Handeln zu geben vermöchte. Daß seine Theorie zu Ergebnissen führt, die der Billigkeit wohl entsprechen, weil einerseits § 138 die strafwürdigen Fälle mit einiger Zuverlässigkeit ergeben würde, und andererseits die leichten Körperverletzungen des täglichen Lebens eine anschauliche Rechtfertigung fänden, darf gegenüber manchen sonstigen Theorien als großer Vorzug gelten, vermag aber nicht die Verfehltheit der ihr zugrunde liegenden Idee zu beseitigen, daß die Einwilligung ausnahmslos ein Rechtsgeschäft sei Hinsichtlich der Persönlichkeitsgüter ist dies nicht der Fall.

Auf Grund privatrechtlicher Rechtssätze erscheint somit eine Körpe verletzung durch die Einwilligung des Verletzten nicht als rechtfertigungsfähig.

2. Der für unsere Frage bedeutsamste Grund ausgeschlossener Rechtswidrigkeit, der von der Rechtsordnung nicht expressis verbis ausgesprochen wird, ist gegeben, **wenn eine dem Tatbestande eines strafrechtlichen Verbotes entsprechende Handlung sich als das rechtlich gebilligte, sachlich angemessene Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes erweist.** [2]) Eine solche Handlung fällt nur scheinbar unter die strafrechtliche Verbotsnorm, während der Gesetzgeber sie in Wirklichkeit hiermit garnicht treffen will. Hierzu reicht aber die

---

[1]) So bereits Ulpian: Membrorum suorum dominus nemo videtur. (Dig. 9, 2, 13) Dies hat seinen Grund vornehmlich darin, dass das Verhältnis des Einzelnen zu seinem Leben, Körper, zu seiner Ehre und Freiheit dem natürlichen Rechtsbewusstsein, vor allem unserer Tage als ein rein sittliches erscheint, mit dem die Gleichsetzung dieser rein persönlichen Lebensgüter mit Sachen unvereinbar ist.

[2]) Meyer-Allfeld, Lehrbuch S. 201 ff, v. Liszt, Lehrbuch § 32, Binding, Lehrbuch Bes. Teil, I 2. Aufl. (1902), S. 55. Dohna, Rechtswidrigkeit (1905) u. a. m.

Verfolgung eines staatlich gebilligten Zweckes für sich allein nicht aus, denn der Zweck heiligt nicht die Mittel. Sofern die Verfolgung eines solchen Zweckes Eingriffe in die private Rechtssphäre des Einzelnen mit sich bringt, bedarf es stets der Einwilligung desselben, sofern nicht das Gesetz derartige Eingriffe gegen den Willen des Individuums besonders gestattet. Dies hängt von der Art des verfolgten Zweckes ab. Man denke an das Züchtigungsrecht, Prügelstrafen, Zwangsimpfungen u. s. w. Andererseits steht das Selbstverfügungsrecht des Individuums entgegen, sodaß es sich beim Fehlen einer Zustimmung desselben nicht um ein rechtlich zulässiges Mittel der Zweckerreichung handeln würde.

a. Zweifellos ist die Erhaltung und Förderung von Leben und Gesundheit des Menschen ein staatlich gebilligter Zweck. Daß der Staat die Anwendung der zur Verfolgung dieses Zweckes als sachlich angemessene erkannten Mittel nicht unter Strafe stellt, erscheint selbstverständlich. U. E. ergibt dies bereits die Legaldefinition der Körperverletzung im § 223, sodaß die ärztliche Tätigkeit als Eingriff in die Körperintegrität überhaupt nicht als einer besonderen Rechtfertigung bedürfende Körperverletzung erscheint. Wie weiter unten im Einzelnen ausgeführt wird, bedeutet sie u. E. weder eine „Mißhandlung“ noch „Gesundheitsbeschädigung“. Gleichwohl ist sie nur mit Einwilligung des Patienten zulässig, weil sie sich sonst als rechtswidrige Beschränkung des individuellen Selbstverfügungsrechtes etwa als Freiheitsberaubung oder Nötigung darstellen könnte. Eine Zwangsheilung ist durchweg unstatthaft.

b. Wohl aber stellt das sog. ärztliche Experiment[1]) am lebenden menschlichen Körper bereits als solches durchweg eine „Mißhandlung“ bezw. „Gesundheitsschädigung“ dar. Es kann aber in gewissen Grenzen gerechtfertigt erscheinen, weil es ein wertvolles Erkennungsmittel der medizinischen Wissenschaft ist und somit unmittelbar der Förderung der Gesundheit nutzbar wird. Man wird dem ärztlichen Experiment aber insoweit die rechtliche Zulässigkeit absprechen müssen, als es im Einzelfall gegen die guten Sitten verstößt. Der besondere Zweck schließt solches nicht grundsätzlich aus; vielmehr ist die sittliche Mißbilligung ein Anhaltspunkt, ob man ein Verhalten wird als staatlich gebilligt ansehen können. So kann man das ärztliche Experiment nicht als staatlich gebilligt ansprechen, wenn es für das Versuchsobjekt eine wesentliche, insbesondere dauernde Beschädigung der Gesundheit zur Folge haben wird. Hierüber können indessen nur die Umstände des Einzelfalles entscheiden.

Die Einwilligung des Verletzten als selbstverständliches Er-

[1]) Meyer-Allfeld, Lehrbuch S. 203/4.

fordernis für die staatliche Billigung gibt auch hier nicht den eigentlichen Rechtfertigungsgrund ab. Fehlt sie, so wird u. E. mit der nunmehr rechtswidrigen Körperverletzung das eine oder andere Delikt gegen die persönliche Freiheit konkurrieren. In diesem Falle würde gegebenenfalls der ärztliche Eingriff ebenso zu beurteilen sein, wenn man ihn als Körperverletzung an sich hierher stellen will, was wir bereits ablehnten.

Wir fassen unsere bisherigen Ausführungen somit dahin zusammen: **Die Einwilligung des Verletzten kann als solche eine Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff nicht rechtfertigen. Sie ist aber die Voraussetzung für die Rechtfertigung einer Körperverletzung unter dem Gesichtspunkte eines sachlich angemessenen Mittels zur Verfolgung eines vom Staate gebilligten Zweckes, sofern nicht der Verletzte zur Duldung des Eingriffes in die Körperintegrität gesetzlich verpflichtet ist.**

III. Sehen wir jetzt auf die Folgen, die sich aus der Anwendung unserer Ansicht ergeben:

1. Da wir nach obigen Ausführungen die Unwirksamkeit der Einwilligung auf den Mangel eines zu den §§ 223 ff hinzutretenden Ausnahmesatzes zurückführen, ist innerhalb der verschiedenen Arten von Körperverletzung kein Unterschied zu machen.[1]) Die Einwilligung ist somit auch bei der auf Antrag zu verfolgenden leichten Körperverletzung (§ 223) unwirksam. Inkovenienzen ergeben sich u. E. nicht hieraus, denn die nach dem Gesetz sogen. leichte Körperverletzung wird im täglichen Leben durchaus nicht immer als eine leichte angesehen. Knochenbrüche und schwere Quetschungen beispielsweise sind nach dem Gesetze noch leichte Körperverletzungen; winzige Hautrisse, sofern sie durch ein Messer oder ein anderes gefährliches Werkzeug verursacht sind, können nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 223 a) als „gefährliche" Körperverletzung gelten. Eine grundsätzlich verschiedene Behandlung von § 223 und 223a erscheint somit als wenig befriedigend, eine Gleichbehandlung im genannten Sinne nicht als bedenklich. Ob ferner eine nach dem Gesetz „schwere" Körperverletzung vorliegt, ist in vielen Fällen vom Wollen des Täters unabhängig, da die schwere Körperverletzung des § 224 ein durch den Erfolg qualifiziertes Delikt ist.

2. Es mag immerhin seltsam anmuten, daß derjenige, der einem Dritten die Zufügung einer sogen. leichten Verletzung gestattet, oder diese sogar gewünscht hat, dennoch nicht gehindert ist, Strafantrag zu stellen. Dieser Fall wird indessen sehr selten

[1]) Dem Ergebnis nach ebenso, wenn auch mit abweichender Begründung R. G. E. II, S. 442/43.

praktisch werden, denn die Peinlichkeit einer solchen Angelegenheit wird wohl durchweg davon abhalten, diese vor die Oeffentlichkeit zu bringen. Im Fall kann der Richter aber auf eine Geldstrafe von 3 Mark erkennen, was für das ganze üble Vorkommnis eine nicht zu harte Strafe bedeuten wird. [1])

3. Unsere Ansicht führt auch nicht zu einem Mißverhältnis zwischen den Strafhöhen von Tötung und Körperverletzung. Die Tötung auf ausdrückliches Verlangen ist allerdings nur mit Gefängnis, dagegen die Körperverletzung des § 225 mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bedroht. Wenn man aber bedenkt, daß die „Tötung auf ausdrückliches Verlangen" als ein Sonderdelikt geschaffen wurde, weil es Lebenslagen gibt, in denen der Wunsch zu sterben durchaus begreiflich ist und es in einem solchen Falle unbillig wäre, den, der einen aus hier wohl vorauszusetzenden altruistischen Motiven vom Leben erlöst, mit entehrenden Strafen zu belegen, so wird man verstehen, daß im Falle des § 216 die Tötung den Charakter als schwerstes Verbrechen verliert. Auf eine ähnliche milde Beurteilung hat aber derjenige, der einen andern absichtlich schwer verletzt (§ 225), lediglich wegen der erfolgten Einwilligung, keinerlei Anspruch. Liegen besondere Rechtfertigungsgründe vor, etwa sachgemäßes ärztliches Handeln, so schützen diese den Täter. Im Uebrigen bleibt hier wohl nur Raum für Körperverletzungen, die rechtlich nicht anerkennenswerten, weil verwerflichen und frivolen Motiven entspringen.

Was ferner den § 142 anlangt, so wird bei Anwendung der Grundsätze über die ideale Konkurrenz die Richtung des Deliktes gegen den Staat in ausreichendem Maße berücksichtigt.

Endlich die anläßlich des Versuches aus § 216 zugefügten Körperverletzungen! Ihre Straflosigkeit folgt u. E. aus der Straflosigkeit des Versuches aus § 216. Sie als selbständige Handlungen zu bestrafen, dürfte entgegen der Auffassung des Reichsgerichts (Ver. Str. Sen. vom 8. 2. 96) entschieden abzulehnen sein. [2])

---

[1]) Die Ansicht, dass die erteilte Einwilligung die Entstehung des Antragrechtes hindere (Binding, Handbuch I, 662/63, Finger, Lehrbuch I, 417), ist de lege ferenda ein durchaus richtiger Gedanke, der auch im „Gegenentwurf" § 271 seine Anerkennung gefunden hat; für das geltende Recht ist sie verfehlt; trotz erteilter Einwilligung ist dem Verletzten das Antragsrecht unbenommen. Abwegig ist ferner auch die Auffassung der Einwilligung als Versprechen, nach Begehung der Tat keinen Strafantrag stellen zu wollen (Breithaupt S. 63), weil einerseits ein solches Versprechen de lege lata nicht bindend ist, anderseits auch nicht ausschlösse, dass etwa ausser dem Verletzten noch vorhandene mehrere Antragsberechtigte Strafantrag stellten.

[2]) So mit verschiedener Begründung: Meyer-Alfeld S 383. Olshausen zu § 216 Nr. 5, Kronnecker, Ortmann G. S. Band 35, S. 221 bezw. S. 375. Binding, Handbuch I, S. 721, Hartmann a. a. O. S. 749 u. a. m.

Das Reichsgericht weicht der sich aus seiner Auffassung ergebenden Konsequenz, dass somit die versuchte Tat unter Umständen schwerer als die vollendete Tat zu bestrafen ist, nicht aus. Die zitierte Plenarentscheidung gibt diese eigenartige Folge zu, erklärt aber diese Möglichkeit für nicht beweiskräftig. Die zweifellos bestehende Disharmonie in den Strafdrohungen des § 216 einerseits und denen gegen die vorsätzliche Körperverletzung in den bezeichneten Fällen gerichteten anderseits entsprängen lediglich den positiven Einzelbestimmungen des Gesetzes, die darum nicht geeignet seien, die Anwendung allgemeiner Grundsätze des Strafrechts auszuschließen; es vermöge dem Umstande der Möglichkeit von Unzuträglichkeiten gegenüber dem Gesetze kein Einfluss eingeräumt werden (vergl. auch Urteil vom 25. 8. 1892 Rep. 2537/92).

Ferner spricht das R. G. im Hinblick auf § 216 aus, daß die Körperverletzung kein notwendiger Bestandteil der verursachten Tötung sei, und daher nichts im Wege stände, die im Versuche enthaltenen vollendeten Körperverletzungen in Betracht zu ziehen. Sie seien aber auch für strafbar zu halten. Die Einwilligung des Beschädigten sei auf Tötung gegangen, nicht auf Körperverletzung, könne also der Annahme einer Körperverletzung, die einen ganz anderen Inhalt habe, nicht entgegenstehen (ebenso R. G. E. Bd. 28 S. 213).

Ferner: die in Ausführung eines Tötungsversuches herbeigeführte Körperverletzung erfülle auch subjektiv den Tatbestand einer vorsätzlichen Körperverletzung, denn wer den Vorsatz habe zu töten, habe mit Notwendigkeit auch den Vorsatz, körperlich zu verletzen. (R. G. E. Bd. 28, S. 212). Und keinesfalls könne dem Gesetzgeber die Absicht imputiert werden, die an sich strafbare Körperverletzung eines Einwilligenden ausnahmsweise und lediglich um deswillen für straffrei zu erklären, weil die Absicht der Tötung vorhanden war. (R. G. E. Bd. 28, S. 204).

Die Ansicht des Reichsgerichts, die anläßlich des Versuchs aus § 216 zugefügten vollendeten Körperverletzungen als solche zu strafen, ist u. E. durchaus zu mißbilligen und wird in der Literatur so überwiegend zurückgewiesen, daß wir nur die Vertreter der genannten Ansicht zitieren. [1])

---

[1]) Es sind Hälschner, System I, S. 58, Wiebeck, S. 30, 37, v Liszt S. 315/16, zwar ist v. Liszt gemässigter als das Reichsgericht: er will namentlich die Körperverletzung nur dann strafen, wenn mit dem Tötungsvorsatz ein eventueller Körperverletzungsvorsatz verbunden war. Wie v. Liszt auch Beling, Z. St. W. 18. S. 285, Katzenstein, Z. St. W. 24, S. 556.

U. E müssen die anläßlich eines Versuches aus § 216 zugefügten Körperverletzungen de lege lata straflos bleiben.[1]) Dies folgt aber nicht aus der Einwilligung, sondern daraus, daß die Körperverletzung das notwendige, und daher vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzte Mittel zur Begehung des Vergehens aus § 216 ist, dessen Berücksichtigung als selbständiges Delikt zu groben Mißverhältnissen in der Bestrafung führen würde. Ob es berechtigt ist, auch den Versuch nach § 216 de lege ferenda unter Strafe zu stellen, bezweifeln wir und können das Bedauern Bindings, Hdb. I, S. 721, Anm. 10 de lege lata nicht teilen.

B. Körperverletzungsähnliche Eingriffe in die Körperintegrität.

Soweit Eingriffe in die Körperintegrität nicht dem Tatbestande der §§ 223 ff entsprechen, liegt es außerhalb unserer eigentlichen Aufgabe, die Bedeutung einer Einwilligung in dieselben zu erörtern. Wir tun dies aber im Folgenden, weil ihre Abgrenzung gegen die eigentliche Körperverletzung überaus streitig ist, und weil sie unter Umständen zu Handlungen im Sinne der §§ 223 ff werden können. Als hierher gehörige Fälle nennen wir in erster Linie die Eingriffe in die Körperintegrität, die die Ausübung ärztlicher Tätigkeit mit sich bringt. Ferner die kleinen „Verletzungen", die zu den Vorkommnissen des täglichen Lebens gehören, wie Rasieren, Haarschneiden, Massagen, sog. ästhetische Operationen (Schönheitspflege). Diesen Körperverletzungen im weiteren Sinne ist gemeinsam, dass ihre Straflosigkeit bei Zustimmung des Patienten bezw. Betroffenen ebenso anerkannt ist, wie ihre Rechtswidrigkeit, wenn sie ohne dessen Einwilligung vorgenommen wird. Für diejenigen, die in diesen Eingriffen Körperverletzungen im Sinne des Gesetzes sehen, liegt es nah, hier die Einwilligung als den Grund ausgeschlossener Rechtswidrigkeit anzusprechen.[2])

I. Der ärztliche Eingriff.

Wir sind der Ansicht, daß der ärztliche Eingriff als solcher, d. h. sofern er sachgemäß ist, niemals als eine „Mißhandlung" oder „Gesundheitsbeschädigung" im Sinne des § 223 angesprochen werden kann, mag auch die äußere Form vielfach, insbesondere bei Operationen keine andere als die der gewöhnlichen Körper

[1]) Dies natürlich unter der Voraussetzung, dass man den § 216 als Vergehen ansieht, und demgemäss der Versuch positiv rechtlich straflos ist, was u. E. immerhin bedauerlich ist; aber ita lex lata. (Binding a. a. O. S. 721, Anm. 10)

[2]) Vergl. unten S. 37, Anm. 1 und 2, oben S. 31.

verletzung sein. [1]) Der Unterschied hiervon findet seinen Ausdruck aber bereits in der Legaldefinition der Körperverletzung durch die genannten beiden Tatbestandsrequisite. Wir sagen damit nicht, daß der Zweck allein entscheidet; der Unterschied liegt vielmehr darin, daß ein und dieselbe „Körperverletzung" am gesunden Körper sich als Mißhandlung, bezw. Gesundheitsschädigung darstellt, während ihre Vornahme am kranken Menschen eine heilende Behandlung des Körpers und Besserung der Gesundheit bedeuten kann. Auch das Mißlingen einer Operation macht diese nicht zu einer Körperverletzung im Sinne des Gesetzes, denn wenn der unglückliche Zufall oder die Natur dem Können des Arztes Halt gebietet, wird dadurch seine Tätigkeit nicht zu einer Mißhandlung; er hat immerhin versucht, zu behandeln, nicht aber zu misshandeln. Dies gilt jedoch nur vom sachgemäßen ärztlichen Handeln; ein Eingriff unter Außerachtlassung der anerkannten Regeln der Heilkunst, ist zweifellos eine Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. Entspricht somit der ärztliche Eingriff als solcher überhaupt nicht dem Tatbestande der §§ 223 ff, so bedarf er als Verletzung der Körperintegrität nicht der besonderen Rechtfertigung, sodaß die Einwilligung des Patienten hier nicht die Funktion hat, eine an sich rechtswidrige Körperverletzung zu rechtfertigen. Da der Einzelne aber über seine Person das Selbstverfügungsrecht hat, soweit das Gesetz ihm dies nicht ausdrücklich entzieht, bedeutet der ohne Einwilligung vorgenommene ärztliche Eingriff eine Verletzung der Willenssphäre des Individuums und ist insoweit rechtswidrig, als er den hier einschlägigen, die Willensfreiheit schützenden Normen widerstrebt. In Frage kommen Nötigung und Freiheitsberaubung, ev. beide Delikte. Dies ist im einzelnen Falle Tatfrage.

Das Fehlen der Einwilligung, selbst der entgegenstehende Wille des Patienten macht den ärztlichen Eingriff lediglich zu einem Freiheitsdelikt, nicht aber unter dem Gesichtspunkte zur Körperverletzung, dass in der aufgezwungenen ärztlichen Tätigkeit als Gesamtakt eine „Mißhandlung" zu finden wäre. Die Mißhandlung des § 223 gilt lediglich dem Körper als solchem, nicht der gesamten Person des Patienten (Einzelnen). Die notwendige und sachgemäss ausgeführte Operation wird auch bei Widerspruch

[1]) Ebenso Frank Comm. Vorbem. 17, Abschnitt II, S. 3 und zu § 223 I S 1 Stoss, Chirurgische Operation. v. Bar, Ges.-Schuld III § 35 ff Beling, Z. St. W. Bd. 18, S. 286 und „Verbrechen" S. 151. Binding, Lehrbuch I, S. 53 ff Torp, Z. St. W. Bd. 23, S. 86. Kitzinger, G. S. Bd. 55, S. 87. Kohler, D. Ltt. Bl. Bd. 16, S. 224. Dem Gedanken nach Löffler, V. D. B. T., Bd. 5, S. 246. Zürcher, Schweizer Zeitschrift, Bd. 11, S. 90. Hess, Die Ehre und die Beleidigung aus § 185, S 54, Anm. 1 Spohr, Schweizer Zeitschrift für Strafrecht, Jahrgang 18, S. 182.

des Patienten nicht zur Mißhandlung des Körpers. Somit hat u. E. **die Einwilligung des Patienten in einen ärztlichen Eingriff insofern lediglich eine negative Bedeutung, als ihr Fehlen denselben als rechtswidrige Beschränkung der individuellen Willensfreiheit erscheinen läßt.**

Aendert sich nun ihre Qualität, wenn man mit der überwiegenden Meinung ärztliche Eingriffe als Handlungen ansieht, die an sich Körperverletzungen im Sinne der §§ 223 ff sind? [1]) Die Bedeutung der Einwilligung wird hier davon abhängen, ob man die allgemein anerkannte Straflosigkeit des mit Zustimmung des Patienten vorgenommenen Eingriffs auf die Einwilligung als solche zurückführt [2]) oder aber seine eigentliche Rechtfertigung in einem außerhalb derselben liegenden Moment findet, das bereits der Handlung als solcher inhärent ist, sei es nun in einem ärztlichen Berufsrecht [3]) oder im Gewohnheitsrecht [4]) oder darin endlich, daß der ärztliche Eingriff die Verfolgung eines staatlich anerkannten Zweckes mit einem angemessenen Mittel darstellt. [5])

Als eigentlicher Rechtfertigungsgrund einer Körperverletzung fungiert die Zustimmung des Patienten demnach nur bei denjenigen, die die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes lediglich auf die Einwilligung zurückführen. Wir teilen diese Meinung, wie gesagt, bereits infolge unserer abweichenden Grundauffassung des ärztlichen Eingriffes nicht. Sie interessiert jedoch im Zusammenhang mit unserem Problem insoweit, als sie mit der Annahme grundsätzlicher Wirkungslosigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung unvereinbar ist, und dennoch gerade vom Reichsgericht vertreten zu werden scheint. Verläßt das Reichsgericht damit seinen in den Entscheidungen R. G. E. Band 2, S. 442/43; 6, S. 63 begründeten Standpunkt ausnahmsloser Unwirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung? [6])

Erblickt nun das Reichsgericht wirklich in der Einwilligung den entscheidenden Rechtfertigungsgrund des ärztlichen Ein-

---

[1]) Auch das Reichsgericht E. Band 25, S. 375; 38, S. 34 und ein Urteil vom 15. 10. 06, zit. bei Kiehl, G. A. 54, S. 357.

[2]) So das Reichsgericht in den Entscheidungen voriger Note.

[3]) So Finger Lehrbuch S. 410, Breithaupt a. a. O. S. 62, Holer a. a. O. 140, Kahl, Z. St. W. Bd. 29, S. 351 ff, S. 368, Merkel, Lehrb. S. 158, Geyer Bd. I, S. 79.

[4]) So Oppenheim, Aerztliches Recht, S. 18/19.

[5]) R. Schmidt, Verantwortlichkeit, S. 35/36, 38 ff, van Calker, Frauenheilkunde, S. 13, v. Liszt, Lehrbuch S. 158/59, v. Lilienthal, Pflichtgemässe Handlung S. 40, Pfersdorff a. a O. S. 53, Mannheimer, Einwilligung S. 39, Radbruch, Geburtshilfe S. 14, Meyer-Allfeld, Lehrbuch S. 201/02, Joski, Einwilligung S. 32, Hess „Sapienter“ S. 46.

[6]) Dies behauptet Gerland V. D. A. T. Band 2, S. 499, 493 Anm. 4.

griffes? Wäre dies der Fall, müßten wir uns auf die Suche nach dem Grunde machen. Denn wenn die Einwilligung allein, lediglich als solche dem ärztlichen Eingriff, den das Reichsgericht als Körperverletzung ansieht, die Rechtswidrigkeit zu nehmen vermag, so müßte sie es logischerweise auch bei allen übrigen Körperverletzungen können. Es bleiben also nur zwei Möglichkeiten: Entweder ist dem Reichsgericht die Einwilligung als solche nicht der ausschließliche Rechtfertigungsgrund des ärztlichen Eingriffs oder — es hat seinen Standpunkt der absoluten Wirkungslosigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung fallen lassen.

Das für unsere Frage bedeutsamste Urteil findet sich in E. Bd. 25 S. 375. Da es uns bei diesem Urteil auf jeden Satz ankommt, geben wir es im Auszuge wieder:

„Es bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung der Frage, inwieweit die Einwilligung des Verletzten als allgemeines Prinzip tauglich ist, ein Kriterium der Rechtmäßigkeit gewisser Handlungen abzugeben, ob insbesondere das Delikt der Körperverletzung schlechthin bezw. der leichten oder einfachen Körperverletzung durch die Einwilligung des Verletzten aufgehoben wird, und welche Bedeutung in dieser Beziehung der bisherigen Rechtssprechung des Reichsgerichtes beiwohnt. (Vgl. Bd. 2 S. 442, Bd. 6 S. 61). Für das Verhältnis zwischen Arzt und Patient wird innerhalb der Sphäre des bürgerlichen wie des peinlichen Rechts an der zwischen beiden Personen bestehenden Willensübereinstimmung unter allen Umständen als dem leitenden und entscheidenden Gesichtspunkt festzuhalten sein . . . in jedem Falle ist es der Wille des Kranken bezw. seiner Angehörigen und gesetzlichen Vertreter, welcher gerade diesen Arzt beruft, die Behandlung dieses Kranken zu übernehmen. Hält man dieses fest, dann ergibt sich die weitere Folgerung auch von selbst, daß Inhalt und Umfang der dem Arzt solchergestalt eingeräumten Befugnisse in Anwendung der Mittel seiner Kunst sich nicht minder regeln müssen nach dem Rechtswillen des Kranken . . . folgeweise handelt derjenige Arzt, welcher vorsätzlich für Heilzwecke Körperverletzungen verübt, ohne sein Recht hierfür aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse oder der präsumtiven Zustimmung, dem vermuteten Auftrage hierfür legimitirter Personen herleiten zu können, überhaupt unberechtigt d. h. rechtswidrig nach der solche Delikte verbietenden Norm des St. G. B. § 223. Noch zweifelloser tritt solche Rechtswidrigkeit hervor, wenn der Arzt gegen den erklärten Willen der Person handelt."

Ohne weiteres können wir diesem Urteil entnehmen, daß das Reichsgericht den ärztlichen Eingriff als eine unter die §§ 223 ff St. G. B. fallende Körperverletzung für nicht rechtswidrig und

strafbar hält, wenn er mit Einwilligung vorgenommen wird. Dasselbe besagt auch die Entscheidung Bd. 38 S. 34:

„ . . . diese Körperverletzung entbehrte insoweit der objektiven Rechtswidrigkeit, als der gesetzliche Vertreter des Kindes seine Zustimmung zu der Vornahme des operativen Eingriffes gegeben hatte. Vgl. die vorangeführte Entscheidung . . .“ [1])

Ebenso das Urteil vom 15. Oktober 1906, citirt bei Kiehl, G. A. Bd. 54 S. 357:

„ . . . die Strafkammer geht im Anschlusse an die reichsgerichtliche Rechtsprechung davon aus, daß der Eingriff des Angeklagten in die körperliche Integrität des H. eine vorsätzliche und insoweit objektiv auch eine rechtswidrige Körperverletzung war, als nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des H. zu dem Eingriff vorlag . . .“

(Angeklagter war ein Zahntechniker).

Bezüglich der Wirkungslosigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung als allgemeines Prinzip hat das Reichsgericht, soweit wir sehen, seinen Standpunkt an keiner Stelle aufgegeben. Ja, es hat den Anschein, als weiche es einer solchen Meinungsänderung geflissentlich aus, wenn E. Bd. 28 S. 375 sich nicht in eine Erörterung darüber einlassen will, „welche Bedeutung in dieser Beziehung der bisherigen Rechtssprechung des Reichsgerichts beiwohne“ gemeint sind die Entscheidungen Bd. 2 S. 442 u. Bd. 6 S. 61). Zu einer Abänderung seiner Ansicht dürfte es zudem auch wohl einer Plenarentscheidung bedurft haben. G. V. G. § 137.

Nunmehr ließe sich aber noch eine Möglichkeit denken, den Standpunkt des Reichsgerichts bezüglich der Einwilligung beim ärztlichen Eingriff in Einklang mit der von ihm jedenfalls früher vertretenen Auffassung von der Wirkungslosigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung zu bringen. Es müßte sich nämlich ergeben, daß ein bestimmter Grund für die Auffassung des Reichsgerichtes von der Wirkungslosigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung *nicht* vorliegt bei der Einwilligung in einen *ärztlichen* Eingriff, sodaß gerade hier die fehlende Einwilligung den Eingriff als strafbare Körperverletzung erscheinen läßt, insoweit also tatsächlich der ärztliche Eingriff als durch die Einwilligung gerechtfertigt erscheint.

Wir greifen zu diesem Zweck auf das oben S. 9 f genannte Urteil E. Band 2 S. 442 43 zurück: „Aus den Motiven zu § 216 St. G. B. ergibt sich, daß der Gesetzgeber das Leben als ein unveräußerliches Gut anerkennt, und es findet hierin die Rechtsanschauung ihre Bestätigung, daß auch die Gesundheit zu den

[1]) R G E Bd. 25 S. 375 ff.

Gütern gehöre, deren Erhaltung der Staat wegen ihres Wertes für die Gesamtheit fordere, auf die also auch nicht verzichtet werden könne".

Für das Reichsgericht ist hiernach das ausschlaggebende Moment für die Verneinung der Wirksamkeit einer Einwilligung, **daß die Gesundheit ein Gut ist, auf welches nach der Rechtsanschauung nicht verzichtet werden könne, und dessen Erhaltung der Staat wegen seines Wertes für die Gesamtheit fordere.** Angesichts dieser Auffassung kam das Reichsgericht ganz folgerichtig zu dem Ergebnis, daß eine Einwilligung in die Gesundheitsbeschädigung ohne rechtliche Wirksamkeit ist. R G E Bd. 2 S. 442. Diese Auffassung, daß nämlich die Gesundheit wegen ihres Wertes für die Gesamtheit ein unverzichtbares Gut sei, hat das Reichsgericht aber zu der Zeit, als E. Bd. 28 S. 375 erging, noch nicht aufgegeben, was daraus folgt, daß es dieselbe viel später in dem Urteil E. Bd. 41 S. 395 wiederum ausspricht. Wenn nunmehr sich erweisen sollte, daß das Reichsgericht, das Moment der Rechtsanschauung entsprechenden Unverzichtbarkeit der Gesundheit **gegenüber einem ärztlichem Eingriff** als ausnahmsweise nicht gegeben ansieht, dann kann in diesem Falle der Einzelne auf seine Körperintegrität dem Arzte gegenüber verzichten. Der Arzt würde aber selbstverständlich nur dann zum Eingriff in die Körperintegrität berechtigt sein, wenn tatsächlich im Einzelfalle darauf verzichtet wird, mit anderen Worten, wenn die Einwilligung des Patienten vorliegt. Hiervon würde es dann abhängen, ob der ärztliche Eingriff rechtswidrig und dem § 223 unterfallend wäre oder rechtmäßig. Nunmehr wäre tatsächlich die „Willensübereinstimmung zwischen Arzt und Patient der leitende und entscheidende Gesichtspunkt", wie es in der Entscheidung Bd. 25 S. 375 heißt.

Um diese fragliche Tatsache zu beweisen, steht uns nun allerdings nur ein Indizienbeweis zur Verfügung, und zwar a. d. Ausführungen des Oberreichsanwaltes zur Entscheidung R 9, Bd. 25, S. 375.

Der Oberreichsanwalt betont allerdings, dass der Rechtsgrund für die Straflosigkeit der mit Einwilligung ausgeführten Operation einzig und allein in der Tatsache der Einwilligung zu suchen sei. Er verwahrt sich aber ausdrücklich gegen die Annahme, dass durch diesen die Rechtfertigung der mit Einwilligung ausgeführten Operation aussprechenden Satz eine Konzession zugunsten des Rechtssatzes „volenti non fit injuria" gemacht sei, und dass durch dessen Anerkennung wenigstens für gewisse Fälle ein Widerspruch herbeigeführt werde mit der bisherigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung, die dem Satze „volenti non fit injuria" für das gegenwärtige in Geltung befindliche deutsche Strafrecht jegliche recht-

liche Wirkung abgesprochen habe, von § 216 abgesehen. Der Grund, so führt der Oberreichsanwalt weiter aus, warum das Reichsgericht dem Satze „volenti non injuria“ jede rechtliche Wirksamkeit abgesprochen habe, sei lediglich der, dass Leben und Gesundheit des Einzelnen so wertvolle und unentbehrliche Güter seien, dass deren Erhaltung im Interesse des Gesamtwohles geboten erscheine, und der einzelne Inhaber derselben weder auf dieselben verzichten könne noch berechtigt sei, sich ihrer zu entäussern. Dieser Grund aber sei nicht gegeben, wenn man sich im Interesse der Erhaltung von Leben und Gesundheit zum Zwecke seiner Heilung von einem bereits vorhandenen Leiden in ärztliche Behandlung begebe oder einer Operation unterwerfe.

Es dürfte nun insoweit die Congruenz der Auffassung des Oberreichsanwaltes mit der des Reichsgerichtes erwiesen sein, als wir in den Entscheidungsgründen eine zustimmende „Antwort“ als Eingehen auf seine Ausführungen zu erblicken vermögen. Absolut ist diese Erkenntnis nicht; aber je öfter man diese Entscheidung liest, desto mehr scheint sie tatsächlich den Ausführungen des Oberreichsanwaltes zuzuneigen.

Das Reichsgericht steht, wie gesagt, bei Erlass des Urteils, Bd. 28, S. 375, auf dem Standpunkt der Unverzichtbarkeit der **Gesundheit**; denn es hat seine Meinung nicht ausdrücklich geändert und vertritt dieselbe Meinung auch noch in der Entscheidung, Bd. 41 S. 395. Deshalb lässt es auch grundsätzlich keine Einwilligung in die Verletzung zu. Wenn es trotzdem der Einwilligung die Wirksamkeit zuspricht, **dem ärztlichen Eingriff** die Rechtswidrigkeit zu nehmen, dann erklärt es damit, dass in diesem Falle auf die Körperintegrität einem Dritten gegenüber verzichtet werden kann, weil hier der Eingriff in die Körperintegrität im Interesse der Gesundheit liegt. Deshalb gibt das Reichsgericht dem Einzelnen, soweit es sich um die Gestattung ärztlicher Eingriffe handelt, das volle Verfügungsrecht. Denn hier steht nicht nur kein öffentliches Interesse entgegen, sondern das öffentliche Interesse fordert geradezu den ärztlichen Eingriff.

Das Reichsgericht zieht also nicht die Folgerung, dass der Heilzweck **allein** den ärztlichen Eingriff rechtfertigt; denn es erklärt mangels Einwilligung den ärztlichen Eingriff für eine objektiv rechtswidrige Körperverletzung im Sinne des § 223. Es erblickt aber im Zweck einen mittelbar entscheidenden Umstand, indem es im Allgemeinen die Körperintegrität der vollen Verfügungsgewalt ihres Trägers entzieht, dagegen dem Einzelnen das volle Verfügungsrecht gibt, wenn es sich um ärztliche Eingriffe im Interesse der Gesundheit handelt.

Mithin begeht also der Arzt eine strafbare Körperverletzung, wenn er gegen den Willen des Patienten diesen operiert oder wenn seine Tätigkeit nicht darauf gerichtet ist, jemanden von „einem bereits vorhandenen Leiden zu heilen." So der Oberreichsanwalt zu E Bd. 28, S. 375.

Die Ansicht, die den Rechtsgrund für die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs in der Einwilligung sieht, ist nach den bisherigen Ausführungen auch mehr angefeindet als sie es verdient. Man hat behauptet, dass nunmehr alles, was der Arzt mit Zustimmung des Patienten an demselben vornehme, möge es sachlich noch so verfehlt sein, nicht strafbar sei. Dies ist jedenfalls nicht richtig, und vor allem würde das Reichsgericht diese Folgerung nicht ziehen; denn es handelt sich eben um Arzt und Patient; der Arzt muss eben als Arzt, d. h. um den Patienten zu heilen, handeln; dann wird die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund gelten.

Wir glauben, oben nachgewiesen zu haben, dass das Reichsgericht zu seiner Ansicht nur gekommen sein kann, wenn es den Zweck entscheiden lässt. Denn nur damit rechtfertigt es sich bei seiner Annahme der prinzipiellen Wirkungslosigkeit der Einwilligung in Körperverletzungen, dass es dem Einzelnen gegenüber ärztlichen Eingriffen das Verfügungsrecht über seine Körperintegrität verleiht. Dass es nicht den Zweck besonders betont und daraus konsequente Folgerungen zieht, ist sehr bedauerlich. Es müsste, wollte es folgerichtig sein, den sachgemässen ärztlichen Eingriff als durch den Zweck gerechtfertigt ansehen, nicht als eine dennoch immerhin rechtswidrige Körperverletzung und die Einwilligung nicht zum Rechtsgrund, sondern zur hinzutretenden notwendigen Bedingung der Straflosigkeit machen, wie wir dies oben S. 32 bereits ausgeführt.

II. Sonstige körperverletzungsähnliche Eingriffe.

Gleich der ärztlichen Tätigkeit scheiden u. E. wie oben S. 35 gesagt, eine Anzahl von Eingriffen in fremde Körperintegritäten im Hinblick auf die Fassung des § 223 aus dem Begriff der „Körperverletzung" aus. Wir nannten das Haarschneiden, Rasieren, Akte der Schönheitspflege, Massage. Sie dienen gerade der Förderung des körperlichen Wohlbefindens und werden zu eigentlichen Körperverletzungen erst, wenn sie unsachgemäss ausgeführt werden. Selbstverständlich ist auch ihre Vornahme an die Zustimmung des einzelnen gebunden mit der Wirkung, dass sie sich als Beschränkungen der Willensfreiheit darstellen, wenn sie ohne oder gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen werden. Für diese Handlungen gelten die nämlichen Grundsätze, wie wir sie in dieser Beziehung für den ärztlichen Eingriff entwickelt haben. [1])

[1]) Vergl. hierzu Mannheimer a. a. O. S. 77/84.

III. Teil.

§ 4. Erfordernisse einer wirksamen Einwilligung.

Soweit man der Einwilligung in eine Körperverletzung eine Wirksamkeit beilegt, sei es als Rechtfertigungsgrund, sei es als Voraussetzung eines solchen, muß sie, um im Einzelfalle rechtsgültig zu sein, gewissen Erfordernissen entsprechen. Als Willenserklärung setzt sie einen rechtlich überhaupt beachtlichen Willen voraus, sodass Zurechnungsunfähige und Kinder eine wirksame Einwilligungserklärung überhaupt nicht abgeben können. Unfähig zur Abgabe einer rechtlich beachtenswerten Einwilligungserklärung ist auch ein nur vorübergehend zur Fassung eines rechtlich relevanten Willens Unfähiger, so der Trunkene; dagegen nicht der Geisteskranke in lichten Augenblicken (vergl. oben S. 6). Dass eine erzwungene oder erschlichene Einwilligung rechtlich nicht in Betracht kommt, bedarf als selbstverständlich keiner Begründung.

I. Das Alter des Einwilligenden. Die Ansichten über diesen Punkt gehen stark auseinander: mehrfach wird volle Geschäftsfähigkeit gefordert [1]), hierzu müssen insbesondere diejenigen Schriftsteller kommen, die die strafrechtliche Einwilligung als Rechtsgeschäft ansehen, bezw. sie mehr oder weniger vom zivilistischen Standpunkt betrachten.

Eine zweite Ansicht versucht eine Lösung durch Hinweis auf die gesetzliche Altersgrenze für das Antragsrecht: St. G. B. § 65. So Gerland S. 503. Er gibt zu, dass Antrag und Einwilligung innerlich sehr verschieden voneinander sind, begründet aber die analoge Anwendung auf unsern Fall damit, dass das Antragsrecht die Beurteilung einer erlittenen Verletzung voraus-

---

[1]) So Zitelmann a. a. O. S. 62/63, Frank Kommentar 1912 S. 111/12, Schaper in Holtzendorffs Handb. III S. 130 gegen ihn Kessler S. 102.

setze, und der innere Grund, die Einwilligung auszuschließen, nicht mehr vorhanden sei, wenn diese Erkenntnisfähigkeit der Verletzung als solcher gegeben sei. [1])

Eine weitere Ansicht verwendet die §§ 55, 56 St., St. G. B. [2]) Der Grundgedanke ist hier, daß, wer die gegen einen Andern begangene strafbare Handlung zu würdigen weiß, wohl auch imstande sein wird, eine gegen die eigene Person gerichtete Tat rechtlich zu würdigen. Als untere Altersgrenze kommt nach dieser Ansicht das 12. Lebensjahr in Betracht, wobei dann für das Alter von 12 bis 18 Jahren eine Prüfung der Einsicht im Einzelfall erforderlich wird.

Endlich läßt man statt bestimmter Altersgrenzen die Umstände des Einzelfalles entscheidend sein, ob also der Einwilligende für diesen die Fähigkeit, mit Verständnis einwilligen zu können, besitzt. Diese Ansicht wird am meisten vertreten. [3])

Da die strafrechtliche Einwilligung nicht als Rechtsgeschäft anzusehen ist, dürfte eine Anwendung privatrechtlicher Grundsätze nicht in Frage kommen. [4]) Auch eine analoge Anwendung des § 65 ist u. E. unzulässig, da Antragsrecht und Einwilligung durchaus verschiedene Dinge sind: beim Antrag handelt es sich darum, wann wir es dem Individuum erlauben, die staatliche Strafjustiz selbständig in Bewegung zu setzen, bei der Einwilligung dagegen darum, wann das Individuum eine Verletzung mit der Wirkung gestatten darf, daß sie nicht rechtswidrig ist.

Zudem erfordert es eine viel geringere Einsicht, zu sagen, ob eine bereits geschehene Tat bestraft werden soll, als eine erst vorzunehmende zu beurteilen, denn im ersten Fall bedarf es keiner Abschätzung der Tat nach ihrer voraussichtlichen Wirkung

An einem weiteren Unterschiede, nämlich, daß der Antrag zunächst eine rein prozuale Erscheinung ist und nicht,

---

[1]) A. M. Kessler S. 19, 102/03, weil Antragsrecht und Einwilligung nichts miteinander gemein haben. Aehnlich Schäfer S. 5.

[2]) Finger, Lehrbuch S. 117, v. Liszt, Lehrbuch S. 160, Klee G. A. 48, S. 443, Holer S. 107, Cohn G. S. 73 S. 556.

[3]) So z. B. v. Liszt a. a. O., Kessler S. 103, Meyer-Allfeld S. 200 Anm. 37, Binding Handb. I, S. 722, Breithaupt S. 19 ff, Joski S. 5, Hartmann a. a. O., S. 742. Pfersdorff, S. 22 ff, Kiehl a. a. O. S. 387, v. Bar, Ges. u. Sch. III, S. 66. So auch das Reichsgericht: Entscheidung vom 19. 10. 1903, zitiert in G. A 51, S. 44 und R. G. E. 41, S 396, während es R. G. E. Bd. 29, 400 bei einem Mindestalter von 18 Jahren einer analogen Anwendung des § 65 St. G. B. zuneigt. In der zitierten Entscheidung R. G 41, S. 396 wird eine Anwendung sowohl zivilrechtlicher Grundsätze wie der §§ 55, 56 abgelehnt.

[4]) Vergl. Metz S. 28/29, v. Liszt Lehrbuch S. 160, Binding, Handbuch I, 727.

wie die Einwilligung, die materielle Seite der Tat betrifft, würden wir dagegen keinen Anstoß nehmen. Zur Gültigkeit der strafrechtlichen Einwilligung ist hinsichtlich des Alters zu erfordern, daß der Einwilligende die Tragweite der Tat mit ihren möglicherweise bleibenden nachteiligenden Folgen voll zu würdigen vermag. Dies ist ein Mehr gegenüber der Fähigkeit, die Strafbarkeit seines Handelns zu erkennen. (§ 56). Wir vermögen somit nicht, die §§ 55, 56 als maßgebend anzusehen.

Man wird vielmehr bei der Entscheidung, ob das erforderliche Alter vorliegt, auf die Umstände des Einzelfalles abstellen müssen. Es ist nun allerdings nicht zu leugnen, daß, in gewissem Grade, hiermit die Gefahr einer Unsicherheit der Rechtsprechung verbunden ist. Demgegenüber gestattet aber diese Ansicht in weitestem Maße, den besonderen Umständen des Einzelfalles gerecht zu werden, was bei einer Frage, deren Entscheidung von so verschiedenen Momenten abhängt, besonders wünschenswert ist.

II. Stellvertretung. Im engsten Zusammenhang mit der Frage nach dem zur Abgabe einer gültigen Einwilligungserklärung erforderlichen persönlichen Eigenschaften des Einwilligenden steht die nach der Möglichkeit einer Stellvertretung. Die Stellvertretung in der blossen Erklärung scheidet hier aus; denn dass ein anderer als der Verletzte dessen Einwilligungserklärung übermittelt, ist selbstverständlich zulässig, so beispielsweise ein Bote, die Post bei Uebersendung eines schriftlichen Einverständnisses. Anders die Stellvertretung im Einwilligungsakt selbst, die eigentliche Willensvertretung.

Die Ansichten sind geteilt: mit der Auffassung der Einwilliguug als Rechtsgeschäft (Vgl. oben S. 20 ff.) ist notwendig auch eine Beeinflussung der Ansicht über die Stellvertretung bei der Einwilligung verbunden. Demgemäss lassen die Vertreter der sogenannten Rechtsgeschäftstheorie unbeschränkte Stellvertretung durch den gesetzlichen Vertreter nach den Grundsätzen des Zivilrechts zu. [1]) Sie müssen nach ihrem Ausgangspunkte auch die gewillkürte Stellvertretung zulassen.

Eine anderere Meinung lässt umgekehrt überhaupt keine Stellvertretung zu. [2])

---

[1]) Zitelmann S. 62, Fischer a. a. O. S. 277, Brückmann Zt. St. W. Bd. 24 S. 657 ff, Frank Kommentar 1912, S. 111/12.

[2]) Joski S. 22 ff, wohl auch Finger, Lehrbuch I, S. 417 „eine Stellvertretung der Einwilligung sei nur insoweit zulässig, als sie sich auf das formale Moment der Erklärung beziehe". Damit meint er u. E. lediglich die Abgabe der Erklärung!

Einige Autoren erkennen nur die gesetzliche Stellvertretung an.

U. E. ist die gewillkürte Stellvertretung abzulehnen, sofern sie nicht auf Vermögensdelikte beschränkt ist.[1]) Die Einwilligung in eine Körperverletzung soll einen Eingriff in ein höchstpersönliches Gut einleiten und ist deshalb auch ureigenste Sache des Einwilligenden. Dem steht aber nicht entgegen, eine gesetzliche Stellvertretung für möglich zu halten. Denn der gesetzliche Vertreter ist vom Gesetz in ein besonders nahes Verhältnis zum Vertreten gebracht, ihm ist gemäss B. G. B. §§ 1627, 1793, 1901 die Sorge für die „Person" des Vertretenen zur Pflicht gemacht, und er hat demgemäss auch das Recht, für die Person zu sorgen.

Bei der Duchführung ist zu berücksichtigen: der Vertretene darf nicht geradezu rechtlos werden gegenüber dem gesetzlichen Vertreter; mithin darf also insoweit kein Zwang auf den Vertretenen ausgeübt werden, als nicht die Sorge für die Person einen solchen erfordert, und der entgegenstehende Wille wegen jugendlichen Alters oder Unzurechnungsfähigkeit nicht ernst genommen werden kann. Die „Sorge für die Person" des Vertretenen bedingt es ferner, dass eine Einwilligung in einen schädlichen Eingriff am Vertretenen seitens des gesetzlichen Vertreters unwirksam sein muss.

Gegen den Willen eines selbständig nicht Einwilligungsberechtigten ist die Einwilligung einerseits also nur berechtigt, wenn objektiv die Sorge für die Person die Verletzung erfördert; anderseits muss sie hier auch erteilt werden. Gegebenenfalls ist das Vormundschaftsgericht anzugehen. (B. G. B. §§ 1627, 1666). Verweigert werden muss die Einwilligung, wenn sie sich mit der Sorge für den Vertretenen nicht vereinbaren lässt. Vgl. die §§ 1627, 1666 B. G. Bs. Trotzdem erteilt, ist sie unwirksam. Jeder Missbrauch wirkt objektiv, ist also vom Täter zu beachten.

Die Frage der Zulässigkeit der Stellvertretung wird vorwiegend in Verbindung mit **ärztlichen Operationen** praktisch. Die Fälle sind nicht vereinzelt, in denen der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung zu einer ärztlicherseits für notwendig befundenen Operation verweigert, sei es aus Unbildung oder etwa einer besonderen Neigung für Naturheilverfahren oder gar aus verwerflichen Motiven. Wie steht es demgegenüber mit der rechtlichen Beurteilung des Arztes, der entgegen dem Willen des gesetzlichen Vetreters lediglich mit Einwilligung des Patienten operiert?

Man hat diesen Fall unter den Gesichtspunkt der Notwehr bringen wollen.[3]) Wird man sich aber dazu verstehen können,

---

[1]) Klee, G. A. Bd. 48, S. 344/46, Kessler S. 104, dabei Gerland, S. 504/5 und Kiehl, G. A. 54, S. 386/88 in den Grenzen des Fürsorgerechts gemäss B. G. B §§ 1627, 1793, 1901.

[2]) Holer, Einwilligung S. 106.

[3]) So u. a. v. Lilienthal a. a. O. S. 44 Anm. 1.

in der Verweigerung der Zustimmung einen rechtswidrigen Angriff auf den Patienten zu erblicken? Kann ein Angriff auch in einem Unterlassen bestehen? Vom Reichsgericht[1]) und der Mehrheit der Schriftsteller[2]) wird dies mit Recht verneint. Man wird zu einem Angriff im Sinne des § 53 des St. G. B. durchweg eine Tätigkeit erfordern müssen. Es widerstrebt entschieden dem Sprachgebrauch, das reine Unterlassen jeden positiven Tuns einen Angriff zu nennen, selbst wenn für den Unterlassenden eine Pflicht zum Handeln besteht.[3])

Sofern nun der minderjährige Patient das erforderliche Alter besitzt, selbständig einwilligen zu können, ist u. E der entgegenstehende Wille des gesetzlichen Vertreters nicht hinderlich, wenn dieser bei pflichtmässiger Sorge für die Person des Vertretenen seine Zustimmung hätte erteilen müssen. Wenn der Arzt nun unter Zustimmung des wegen jugendlichen Alters selbständig nicht einwilligungsfähigen Patienten diesen operiert, sei es ohne, sei es gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters, so wird er hierzu unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag berechtigt sein, falls die Operation notwendig war, denn hier hatte der gesetzliche Vertreter die Pflicht einzuwilligen Man wird § 679 B. G. B. wenigstens entsprechend anzuwenden haben, wenn man die Erfüllung der Fürsorgepflicht für das Mündel nicht direkt als „im öffentlichen Interesse" liegend ansehen will. Man käme andernfalls zu dem gewiss unerfreulichen Ergebnis, dass der Arzt sich erst mit dem Vormundschaftsgericht ins Einvernehmen setzen muss, dessen Zustimmung er wohl häufig zu spät erhalten wird; nicht selten ferner wird der Arzt die Operation lieber unterlassen als das Gericht anrufen.

Wie aber, wenn umgekehrt der Vertretene sich gegen den ärztlichen Eingriff weigert entgegen dem Willen des gesetzlichen Vertreters? Im Strafrecht ist der Wille des Minderjährigen nicht im gleichen Masse ausgeschaltet wie im Zivilrecht bei Vermögensrechtlichen Verhältnissen. In Bezug auf die eigene Person ist der Minderjährige keineswegs vollständig in der manus des gesetzlichen Vertreters. Ein ausdrücklicher Rechtssatz dieses Inhaltes findet sich nirgends im Gesetz, der umgekehrte freilich auch nicht. Im Zweifel aber bedarf der Minderjährige ausreichenden Schutzes.[4]) Ohne Frage kann der gesetzliche Vertreter seine

---

[1]) R. G. E. Bd. 19 S. 298

[2]) v. Liszt, Lehrbuch § 33 II S. 1, Meyer-Allfeld, Lehrbuch S. 184, Olshausen zu § 53 Nr. 5, Hälschner, Bd. I, S. 485, Anm. 1.

[3]) A. M. Merkel, Lehrbuch S. 162, v. Bar, Ges. Schuld III, S 145 f.

[4]) In gleichem Sinne Kiehl, G. A. Bd. 54, S. 307.

Zustimmung zu einem ärztlichen Eingriff mit u. U. zwangsweiser Durchführung derselben geben, wenn der Vertretene, der geistig nicht im Stande ist, eine berechtigte Entschliessung zu treffen, wie bei jüngeren Kindern und geisteskranken Pupillen der Fall. Ferner dann, wenn die Fürsorge für die Person den Eingriff unbedingt erfordert. Im Uebrigen wird die Lage des Einzelfalles entscheiden müssen. [2]) Weist man dem § 1627 die Aufgabe zu, und nur diese, den Minderjährigen gegen seinen jugendlichen Unverstand zu schützen, so wird die Entscheidung dieser Tatfrage nicht allzu grosse Schwierigkeiten bereiten.

III. Zeitpunkt der Einwilligung.

Wann muss eingewilligt werden? Es fragt sich, ob die strafrechtliche Einwilligung vor der Tat erteilt sein muss oder ob sie nach der Tat erteilt werden könne und dann rückwirkende Kraft habe. [3]) Breithaupt [4]) führt dagegen richtig aus, dass eine nachträglich erteilte Einwilligung es nicht vermöge, der Handlung den verbrecherischen Charakter zu nehmen, dass sie zwar privatrechtliche Wirkungen zwischen den beiden Beteiligten erzeugen könne, so z. B. den Täter von der zivilrechtlichen Haftpflicht befreien, dass die Tat aber strafbar bleibe, und eine nachträglich erteilte Einwilligung nur den Charakter einer persönlichen Verzeihung haben könne. [5]) Der Grundgedanke ist, dass eine Handlung, die das Strafrecht als öffentliches Recht einmal für strafbar erklärt hat, diesen ihren Charakter durch die nachträgliche Vereinbarung der Beteiligten nicht mehr verlieren kann. [6])

Kessler (104) führt dazu aus, dass nur, wenn das Interesse schon preisgegeben war, es nicht mehr verletzt werden könne, und weist richtig auf die Nichtgeltung des Satzes „ratihabitio mandato comparatur" hin. Die nachträgliche Einwilligung kann dem Täter nur nützen, wenn sie den Verletzten davon

---

[2]) Vergl. v. Lilienthal a. a. O. S. 43, Binding Handbuch 1, S. 722, Kiehl G. A. Bd. 54, S. 387 ff, Breithaupt a. a. O. S. 20, Kessler a. a. O. S. 20.

[3]) Letzteres hat Hepp behauptet.

[4]) a. a. O. S. 21 ff.

[5]) Ebenso Kessler a. a. O. S. 104, Schütze Lehrbuch S. 105.

[6]) Gerland a. a. O. S. 507, Breithaupt a. a. O. S. 23 unter Hinweis auf die Digestenstelle Dig. 2, 14. 38: jus publicum privatorum pactis mutari non potest (übrigens zitiert Breithaupt nicht quellenmässig „nequit") und darauf, dass „regula juris privatorum conventis juri publico non derogat" (Dig. 50. 17, 45 § 1).

abhält, Strafantrag zu stellen. Dies bleibt aber dennoch im Belieben des Verletzten, denn das Antragsrecht erlischt nicht etwa durch Verzeihung. Aber auch beim Unterlassen des Antrages bleibt die Handlung rechtswidrig.

IV. **Worin muß eingewilligt sein?**

Bezieht sich die Einwilligung nur auf die Handlung oder geht sie auch auf den Erfolg? Davon abhängig ist dann die weitere Frage: Ist die Einwilligung bei fahrlässigen Delikten möglich.

In der Literatur sind beide Ansichten zu verzeichnen. [1])

Wir halten es nicht für richtig, bedingungslos für eine der beiden Ansichten einzutreten. Beide Möglichkeiten sind gegeben: 1. der Einwilligende erlaubt **eine bestimmte Verletzung** (Erfolg), gleichgültig mit welchem Mittel, 2. der Einwilligende erlaubt eine bestimmt **verletzende Handlung** und nimmt deren mögliche Folgen bewusst in den Kauf. Es scheint uns in gewissen Grenzen Tatfrage zu sein, was von beiden der Fall ist. [2]) Die Einwilligung ist eine Erlaubnis. Deren Umfang und Tragweite im Einzelfalle ist daher massgebend für die Strafbarkeit des Täters: jenseits der Erlaubnis beginnt die Rechtswidrigkeit seines Handelns. Nun wird allerdings wohl in den seltensten Fällen in eine Handlung um ihrer selbst willen eingewilligt, sondern regelmässig wegen eines vorgestellten mit ihr erfahrungsmässig verknüpften Erfolges. [3]) Um aber eine solche Einwilligung auslegen zu können, d. h. ihr entnehmen zu können, worin eingewilligt ist, muss ein objektiver Masstab angelegt werden, da zwei Willen vorhanden sind. Somit ist eine Einwilligung nur anzunehmen in einen Erfolg, den auch der Täter erwartete oder erwarten durfte bzw. musste.

Auch bei einer „Blanko"-Einwilligung des Inhalts: ich willige ein, komme was komme, ist dennoch regelmässig eine Art numerus clausus der Wirkungen in das Bewusstsein des Einwilligenden getreten.

Der Umfang einer Einwilligung ist also stets eine quaestio

---

[1]) Dafür dass die Einwilligung auf die Handlung gehe, Klee, G. A. Bd. 49, S. 248, Kessler A. a. O. S. 23/26, Joski S. 19, dagegen dass sie auf den Erfolg gehe Holer a. a. O. S. 74 ff., Hälschner G. S. Bd. 35, S. 176, Gerland a. a. O. S. 492, Roedenbeck G. S. Bd. 37, S. 127.

[2]) Insoweit ist den Ausführungen Mannheimers S. 28/30 beizutreten.

[3]) So richtig Gerland, V. D. A. T. Bd. 2, S. 492: „ferner aber erscheint der Erfolg als das strafrechtlich Relevante".

facti und objektiv auszulegen. Liegt „versteckter Dissens“ vor, so ist der Irrtum des Täters nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. [1])

Nach diesen Erwägungen dürften wir nunmehr die Frage der Einwilligung bei fahrlässigen Delikten beantworten können. [2]) Die genannten Autoren kommen in der Regel zu ihrer Antwort, je nachdem die Einwilligung sich auf die Handlung oder auf den Erfolg bezieht. Im ersten Falle lassen sie Einwilligung bei fahrlässigen Delikten zu, im zweiten Falle verneinen sie, da bei fahrlässigen Delikten der Erfolg nicht in die Vorstellung des Täters aufgenommen werde, daher auch in ihn nicht eingewilligt werden könne.

Mir scheint eine Einwilligung bei fahrlässigen Handlungen zwar regelmässig nicht gegeben, weil der durch Fahrlässigkeit herbeigeführte Erfolg nicht in den Vorstellungsbereich des Einwilligenden getreten sein wird, somit dann auch nicht in ihn eingewilligt sein kann. Wo aber die Handlung, in die eingewilligt ist, als eine — nach einer gewissen Richtung hin — fahrlässige vom Einwilligenden erkannt ist, dürfte es sich wohl denken lassen, dass deren naheliegende Folgen vom Einwilligenden mit in den Kauf genommen werden wollten. Hier zeigt sich die Einwilligung in der Form der eventuellen, im „Geschehenlassen, Zulassen, das Risiko laufen, mit in den Kauf nehmen“. Auch in dieser Form hat sie die Wirkung, die Handlung aus dem Gesichtspunkte der Einwilligung die Rechtswidrigkeit zu nehmen, und der Einwilligende muss einen etwaigen Erfolg, wenn er eintritt, tragen.

V. **Irrtümliche Annahme der Einwilligung.**

Wenn der Täter irrtümlich annimmt, dass die Einwilligung gegeben sei, so kommt § 59 St. G. B. zur Anwendung. Hierbei kann allerdings zweifelhaft sein, ob es sich bei der irrtümlichen Annahme eines Rechtfertigungsgrundes um einen Tatumstand handelt, der zum „gesetzlichen Tatbestand“ gehört. Dies bejahen wir. Ein Rechtfertigungsgrund dürfte als sogen. negatives Tat-

---

[1]) Uebereinstimmend v. Bar, Ges. u. Sch. III, S. 62, Klee G. A. Bd. 49 S. 247/48, im wesentlichen auch Hälschner, G. A. Bd. 35 S. 161 ff insbes. S. 176. Dagegen spricht Kessler a. a. O. S. 23 unumwunden den Satz aus: „die Einwilligung ist kein Wollen des Erfolges“.

[2]) Bejaht wird diese Frage von Kessler a a. O. S. 98, Klee, G. A. Bd. 48 S. 248, Meyer-Allfeld Lehrbuch S. 222, Mannheimer S 28/29. Verneint von Gerlond a. a. O. S. 492, Breithaupt a a. O. S. 27, Schaper in Holtzendorffs Hdb. II, S. 131.

bestandsmerkmal anzusehen sein. [1]) Dem Täter hat es hier am Vorsatz gefehlt, denn er hat „einen Tatbestand angenommen. dessen Verwirklichung überhaupt nicht unter Strafe steht, sondern rechtlich erlaubt ist". [2])

Beruht hingegen die Annahme der Einwilligung auf Fahrlässigkeit des Täters, so ist wegen fahrlässigen Deliktes zu strafen, wenn das Gesetz bei dem betr. Delikt auch die fahrlässigen Begehungen mit Strafe bedroht hat. Bei der Körperverletzung ist es der Fall (§ 230). [3]) Die gleichen Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn der Täter infolge Irrtums über einzelne, wesentliche Tatsachen, z. B. über Alter, Zurechnungsfähigkeit, fälschlich eine rechtlich wirksame Einwilligung annimmt. [4])

Irrt der Täter dagegen über allgemeine Erfordernisse der Einwilligung in der Weise, dass er ihre tatsächlichen Voraussetzungen kennt, aber über ihre rechtliche Bedeutung irrt, so kommt ihm dieser Irrtum nicht zugute, z. B. der Täter hält auch die Einwilligung eines Geisteskranken für wirksam. [5])

VI. **Wirkung der Einwilligung.**

Die hier zur Entscheidung stehende Frage ist nicht mit jener zu verwechseln, bei welchen Delikten die Einwilligung rechtserheblich ist. Es handelt sich vielmehr darum: bewirkt die Einwilligung objektiv den Wegfall der Rechtswidrigkeit [6]) oder

---

[1]) Vergl. dazu Frank zu § 59 III, S. 2 a. E. und „Einleitende Bestimmungen" II, S. 26, der mit Recht sagt, es müsse logischerweise der Kenntnis derjenigen Tatumstände, welche die Rechtswidrigkeit begründen, die irrtümliche Annahme eines solchen gleichstehen, der sie ausschliesst.

[2]) v. Hippel, V. D. A. T. Bd. 3, S. 510. Vergl. auch die in diesem Sinne gehaltenen Entscheidungen des Reichsgerichts, R. G. E. Bd. 6, S. 405, 19. S. 98, 21, S. 189 u. a. m. v. Liszt steht mit seiner gegenteiligen Ansicht allein da.

[3]) Wie der Text: Klee, G. A. Bd. 48, S. 349, Meyer-Allfeld Lehrb. S. 223, v. Bar, Ges. u. Sch. III S. 64, Joski S. 26, Anders Kiehl G. S. Bd. 48 S. 349, der immer wegen fahrlässiger Begehung strafen will: dagegen v. Bar a. a. O. So u. a. v. Bar a. a. O. S. 64.

[4]) So u. a. v. Bar a. a. O. S. 64.

[5]) Vergl. v. Bar a. a. O. S. 64/65.

[6]) Vergl. Breithaupt a. a. O. S 24 ff. Vertreter der objektiven Theorie sind u. a. Holer, Einwilligung S. 96 ff, Klee G. A. Bd. 48. S. 200/01, Gerland a. a. O. S. 506, v. Bar, Ges. u. Sch. III, S. 62, wohl auch Meyer-Allfeld Lehrb. S. 200, von den Aelteren Ortmann, G. A. Bd. 25, S. 113, Hepp, N. Arch. d. Kr. R. Bd. 11 S. 251, während die subjektive Theorie u. a. von Boehlau, G. A. Bd. 5, S. 389 ff, Jarke, Deutsch. Str. R. I, S 109 f, Breithaupt a. a. O. S. 24 f und Joski S. 24 vertreten wird. Neuerdings vertritt Mannheimer, Einwilligung S. 43 ff eine Mittelmeinung, wonach es quaestio facti sei, ob diese oder jene Wirkung anzunehmen sei.

nur subjektiv den Wegfall der Schuld des Täters. Herrschend ist die objektive Theorie. Aus der subjektiven folgt, dass die Einwilligung auch zur Kenntnis des Täters gelangt sein muss, weil sie sonst dessen Willen nicht beeinflussen könne. [1])

Beim Vorliegen der Einwilligung ist nach dieser Theorie kein rechtswidriger Wille vorhanden. [2]) Der Fehler der subjektiven Theorie liegt in der Verwechselung von Ursache und Wirkung. So mit Recht bereits Hepp [3]) gegen Jarke: die Wegnahme einer fremden Sache consentiente domino sei soweit davon entfernt ein Verbrechen zu sein, dass sie vielmehr eine an sich erlaubte Handlung sei, und von einem kriminellen dolus notwendigerweise nicht mehr die Rede sein könne. Im gleichen Sinne Ortmann G. A., Band 25 S. 112 ff.: bei Wegnahme einer fremden Sache mit der dem Täter bewussten Einwilligung würden nicht sämtliche Merkmale des Tatbestandes verwirklicht. Dies wisse der Handelnde; und nur, weil durch die Einwilligung die Wegnahme aufhöre, eine objektiv rechtswidrige zu sein, könne auch der Entschluss, die Sache der Einwilligung gemäss wegzunehmen, nicht den Diebstahl dolus enthalten.

Ortmann weist im Folgenden auf den Fall hin, dass die Einwilligung des Eigentümers dem Täter unbekannt geblieben sei. Eine Einwirkung auf den dolus habe hier die Einwilligung nicht, auf die objektive Seite könne sie angeblich nicht einwirken, also müsse Boehlau hier wegen vollendeten Diebstahls strafen. Dagegen liege in Wahrheit lediglich Versuch am untauglichen Objekt vor (a. a. O. S. 113).

Ist also die Einwilligung dem Täter unbekannt, so liegt kein vollendetes Delikt, sondern Versuch am untauglichen Objekt vor; über dessen Strafbarkeit herrscht bekanntlich Streit. U. E. verdient die auch vom Reichsgericht [4]) vertretene „subjektive" Theorie

---

[1]) So Breithaupt a. a. O. S. 24.

[2]) Vgl. Jarke a. a. O. S. 109. Dasselbe behauptet Boehlau a. a. O. S. 489 ff für das römische Recht in Betreff des Satzes „volenti non fit injuria" (unter Anführung der Quellenstellen I 4, 1 § 8; Dig. 47, 2. 46 § 8 und D 47, 19, 6): dieser Satz könne nur dann Anwendung finden, wenn er infolge der Zustimmung des verletzten Individuums dem Täter garnicht möglich sei, einen Entschluss zu der vom Gesetz vorausgetzten Handlung, neben dem dolus, zu fassen bezw. zu betätigen.

[3]) Hepp, N. Arch. d. Kr. R. Bd. 11, S. 251.

[4]) R. G. E. I. S. 349, I. S. 451, 8. S. 198, 27. S. 158, 39. S. 316, die ‚objektive' Theorie ist die herrschende. Wer Mangel am Tatbestand annimmt, so Meyer-Alfeld Lehrb. S. 213, Frank § 43 I. u. a. oder den Versuch am untauglichen Objekt für straflos hält, wie die genannte „objektive" Theorie, z. B. Binding, Hdb. I. S. 693, Birkmeyer, Encykl. § 9, Olshausen § 43 No. 19, ff., Klee, G. A. Bd. 48, S. 349 verneint damit auch die Rechtswidrigkeit der Tat.

den Vorzug. Wir würden also bei Wegnahme eine Sache ohne Kenntnis der Einwilligung beim Täter strafbaren Diebstahlsversuch annehmen. [1])

In keinem Falle braucht die Einwilligung gegenüber dem Täter erklärt zu sein. Es genügt, wenn er Kenntnis davon erlangt. Doch muss die Erklärung an ihn gerichtet sein, d. h. für ihn bestimmt sein, da andernfalls der Begriff der Einwilligung fehlt.

VII. **Generelle oder spezielle Erteilung?** Eine weitere Frage ist, ob die Einwilligung generell erteilt werden oder nur für den Einzelfall gegeben werden darf. U. E. muss sie sich auf den speziellen Fall beziehen.[2]) Gerland a. a. O. führt richtig aus, dass eine jede Einwilligung sich auf ein Objekt beziehen müsse, und eine objektlose Einwilligung ein Widerspruch in sich selbst sei. Letzteres würde bei der generellen Einwilligung der Fall sein. Das besagt aber nicht, dass der Einwilligende die Durchführung der betr. Handlung bis ins Kleinste vorgezeichnet haben muss. Es genügt Einwilligung in den wesentlichen Zügen: ob solche vorliegt, wird den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen sein. [3])

VIII. **Widerruflichkeit.** Aus der Natur der strafrechtlichen Einwilligung folgt, dass sie stets widerruflich ist. Hierin liegt der wesentliche Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher und strafrechtlicher Einwilligung. Letztere ist keine Verpflichtung, denn sie überträgt kein Recht. Ist auch keine Dereliction. Richtig und klar sagt Holer S. 83: „. . . . . ihr, d. h. der Einwilligung, fehlt eben das, was dem Vertrage, der zivilistischen Einwilligung wesentlich ist: Die Bindung des Willens auf die Zukunft". Ebenso Klee, G. A. Bd. 48, S. 98. Zitelmann, Arch. F. ziv. Praxis Bd. 99 (vergl. oben S. 33 ff) kommt von seinem Standpunkt aus zu dem Resultat, dass die Einwilligung nur widerruflich sei in Fällen der Gewalt gegen eine Person oder der Störung bezw. Entziehung des Besitzes. Für unseren Fall der Körperverletzung also kommt auch Zitelmann zum gleichen Ergebnis.

---

[1]) Im Ergebnis wie wir, wenn auch aus andern Gründen. Kessler a. a. O. S. 105, Breithaupt a. a O. S. 24.

[2]) Breithaupt S. 26, Gerland a. a. O. S. 507, Kessler S. 111.

[3]) So richtig Kessler a. a. O.

IV. Teil.

§ 5. Betrachtungen de lege ferenda.

Die bisherigen Ausführungen haben erkennen lassen, wie streitig die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Einwilligung ist. Angesichts dessen wäre eine Regelung durch ein künftiges Strafgesetzbuch wohl geboten.

Der „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch" enthält indessen eine dahingehende Bestimmung im Allgemeinen Teil nicht. Die Begründung S. 51 führt aus, dass die Frage, „die der Natur der Sache nach überhaupt nur selten aufgeworfen werden kann, im Besonderen Teil von Fall zu Fall bei den einzelnen Delikten zu lösen ist". Dies ist entsprechend dem oben S. 38 Ausgeführten wegen der Verschiedenheit des Rechtsgrundes der Wirksamkeit der Einwilligung zu billigen.

Der Besondere Teil enthält indessen für das Gebiet der Körperverletzung ebenfalls keine Bestimmung. Es sind wie im geltenden Recht lediglich über das Untauglichmachen zum Heeresdienst (§ 151) und die Tötung auf Verlangen (§ 215) Bestimmungen getroffen. Beachtenswert ist aber der Tatbestand der Körperverletzung im § 227. Hier heißt es: „In besonders leichten Fällen (§ 83) [1]) kann von Strafe abgesehen werden." Denselben Satz enthält auch der Gegenentwurf im Tatbestande der Körperverletzung (§ 265), der auch die „besonders leichten" Fälle völlig gleich dem Regierungsentwurf umschreibt (88, Abs. 2). Auch er enthält keine allgemeine Bestimmung über die Wirkung der Einwilligung. Nur insoweit geht er über den Vorentwurf hinaus, als die Einwilligung das Antragsrecht ausschließt (§ 271, Abs. 1).

---

[1]) § 83: In besonders leichten Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, sodass die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde.

In dem „Entwurf der Strafrechtskommission“ ist die Einwilligung nur bei den Delikten der Körperverletzung berücksichtigt. [1]) Der Kommissionsentwurf stellt sich zur Einwilligung in der Weise, „dass eine mit Einwilligung des Verletzten vorgenommene Körperverletzung **nicht rechtswidrig** ist, es sei denn, daß die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. [2])

Der Unterschied zwischen Vorentwurf, Gegenentwurf einerseits und dem Kommissionsentwurf anderseits beruht somit darin, dass erstere Entwürfe die Einwilligung in keinem Fall als Grund ausgeschlossener Rechtswidrigkeit erwähnen, während der Kommissionsentwurf die Körperverletzung eines Einwilligenden grundsätzlich als nicht rechtswidrig ansieht. Denn wenn man im Einzelfall das Handeln mit Einwilligung des Verletzten als „besonders leichten“ Fall ansehen mag, kann zwar Straflosigkeit eintreten, die Handlung bleibt aber rechtswidrig (vergl. die Begründung zum Vorentwurf: Besonderer Teil S. 659).

Wir vermögen auch de lege ferenda keinen andern Standpunkt anzunehmen, als wir gegenüber dem geltenden Recht entwickelt haben Insbesondere sehen wir keine Veranlassung, das Gesetz grundsätzlich davon ausgehen zu lassen, daß die Einwilligung in eine Körperverletzung deren Rechtswidrigkeit ausschliesst. Dies würde einer Grundanschauung der Rechtsanordnung entsprechen, wonach der Schutz der Rechtsgüter, auch der wertvollsten, lediglich dem Interesse des Einzelnen dienen solle. U. E. stellt sich die Rechtsordnung nicht in so weitgehendem Maße auf den Standpunkt des Individuums, sie darf es auch nicht, wenn sie dem Interesse aller durch Gewährleistung eines geordneten Zusammenlebens gerecht werden will. Die Einwilligung in eine Körperverletzung stellt sich zweifellos durchweg als arger Mißbrauch des Verfügungsrechts über den eigenen Körper dar. Insbesondere die Handlung des Täters ist zumindest unmoralisch und hat keinen Anspruch darauf, von Strafe verschont zu bleiben. Die Rechtsordnung darf zwar einerseits dem Sittengesetz nicht unbedingt folgen, anderseits hat sie keine Veranlassung, die mannigfachsten berechtigten Interessen am Unterbleiben einer Handlung, die diese Interessen verletzt, um der verwerflichen und unsittlichen Zustimmung des zunächst Betroffenen willen bei Seite zu stellen.

Demnach wird auch de lege ferenda daran festzuhalten sein, dass die Einwilligung allein eine Körperverletzung nicht recht-

---

[1]) A. a. O. S. 65.

[2]) Ebermayer, Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission (Berlin 1914) S. 60, 65.

fertigen kann, wohl aber kann die Einwilligung Bedingung für die Rechtfertigung einer Körperverletzung sein, wenn diese aus besonderen sachlichen Gründen als staatlich gebilligt erscheint. Die Anwendungsfälle werden dieselben sein wie die lege lata. Hinsichtlich des ärztlichen Eingriffes hängt dies allerdings von der Legaldefinition der Körperverletzung ab. Enthält diese Merkmale, die mit dem Zwecke ärztlicher Tätigkeit unvereinbar sind, wie der § 223 Str. G. B., so bedarf der ärztliche Eingriff auch der lege ferenda nicht der Rechtfertigung als Verletzung der Körperintegrität. Andernfalls trifft auf ihn der genannte Rechtfertigungsgrund zu.

Den Verstoss gegen die guten Sitten als Kriterium zur Feststellung der strafbaren Fälle anzunehmen, wie es der Kommissionsentwurf will, dürfte insoweit haltbar sein, als einerseits ein in der Rechtsprechung geläufiger Begriff zugrunde gelegt wird, und anderseits hierdurch einigermassen zuverlässig die Fälle erfasst werden, die deshalb strafwürdig erscheinen, weil in ihnen das Rechts- und Anstandsgefühl und sittliche Empfinden weiterer Kreise verletzt wird; wird doch das Unwerturteil bei Handlungen mit Einwilligung weit mehr aus diesem Gesichtspunkt als etwa dem der in ihrer Sicherheit bedrohten Gesellschaft gefällt. U. E. verstößt aber eine Körperverletzung an einem Einwilligenden in jedem Falle gegen die guten Sitten, sofern sie nicht ausgesprochen zu seinem Besten dient oder, wie das ärztliche Experiment am lebenden menschlichen Körper einen zu billigenden Zweck verfolgt. Letzten Falles bildet aber nicht die Einwilligung als solche den Rechtfertigungsgrund, sondern eben die Richtung auf diesen Zweck. Der Standpunkt des Kommissionsentwurfes erscheint uns somit bereits aus dem rein formalen Grunde bedenklich, weil das, was er der Regel als Ausnahmen gegenüber stellt, die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung mit Einwilligung im Einzelfall, praktisch gerade die Regel sein wird.

Abgesehen etwa von dem bereits angeregten Verlust des Antragsrechtes infolge der Einwilligung, können wir somit auch für ein künftiges Recht keine vom geltenden Recht verschiedene Regelung der Einwilligungsfrage vorschlagen.